

Similitudes y diferencias entre el régimen  
general del *falsus procurator* en Derecho  
francés y el régimen de los artículos 1843  
*Code civil* y L. 210-6 al. 2 *Code de commerce*.  
La visión de un jurista extranjero<sup>1</sup>

MAURICIO TRONCOSO REIGADA  
Profesor Titular de Derecho mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

**RESUMEN**

*El presente trabajo compara el régimen general del falsus procurator en Derecho francés con el previsto en Derecho de sociedades para las personas que actúan en nombre de una sociedad en formación (artículo 1843 Code civil y artículo L. 210-6 al. 2 Code de commerce), a fin de poder deducir las similitudes y diferencias entre ambos regímenes jurídicos.*

**PALABRAS CLAVE**

*Sociedad en formación, actuante, falsus procurator, asunción de deuda, ratificación.*

---

<sup>1</sup> Este trabajo está destinado al Libro-Homenaje al Prof. Ricardo Alonso Soto. Una versión en francés del mismo verá a la luz próximamente en la *Revue des sociétés*. Agradezco al Prof. Conac su amabilidad en permitirme publicar de forma anticipada una versión en castellano.

Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y universidades, «GOBIERNO CORPORATIVO: EL PAPEL DE LOS SOCIOS II» (Ref.: PGC2018-097984-B-I00). Dirs.: Antonio B. Perdices Huetos, y Blanca Bago Oria.

## Similarities and differences between the general rules governing the unauthorized agent in French law and the rules of articles 1843 of the *Civil Code* and L. 210-6 *al. 2* of the *Code de commerce*. The view of a foreign lawyer

### ABSTRACT

*This paper compares the general rules governing the unauthorized agent in French law with those laid down in company law for persons acting on behalf of a company in formation (Article 1843 Code civil and Article L. 210-6 al. 2 Code de commerce), in order to be able to deduce the similarities and differences between the two sets of legal rules.*

### KEYWORDS

*Company in formation, acting person, unauthorized agent, assumption of debts, ratification.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Características del régimen general que resultan de aplicación en Derecho francés para el caso de que se produzca la actuación de un supuesto representante.–III. La regulación contenida en los Artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce*: Las reglas aplicables a la sociedad en formación como excepción al régimen general del *falsus procurator*.–IV. Conclusión y propuesta.–Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el artículo 1843 y el artículo 5 Loi n.º 66-537 (en la actualidad, artículo L. 210-6 *al. 2 Code de commerce*) fueron introducidos respectivamente por la Loi n.º 78-9 du 4 janvier 1978 y la Loi n.º 66-537 du 24 juillet 1966 con la finalidad de regular en Derecho francés el régimen jurídico al que están sometidos los actos realizados en nombre de una sociedad antes de su inscripción, i.e. durante su proceso de formación.

Dado que la regulación francesa (*cfr.*, artículo 1842 *al. 1 Code civil* y artículo L. 210-6 *al. 1 Code de commerce*) parte de considerar que la sociedad no tiene personalidad jurídica hasta el momento

de la inscripción (a diferencia de lo que ocurría con anterioridad<sup>2</sup>), resulta indudable que estos preceptos contemplan un supuesto de actuación de un *falsus procurator* (i.e. de actuación de una persona en nombre de otra sin tener poder para ello, puesto que el representado –la sociedad– aún no existe)<sup>3</sup>.

Este planteamiento, ciertamente, diverge del de aquellos otros ordenamientos europeos dónde se entiende, por el contrario, que la sociedad en formación sí que tiene personalidad jurídica y, por tanto, la actuación en su nombre normalmente será realizada por una persona con poder. Por este motivo, resulta interesante para los estudiosos del Derecho de sociedades en otras jurisdicciones conocer los rasgos fundamentales de esta regulación. Y una buena forma de hacerlo es a través de compararla con las reglas generales que regulan la actuación del *falsus procurator*, puesto que éstas, al obedecer en gran medida a principios similares en distintos ordenamientos, resultan familiares para numerosos juristas europeos. A estos efectos, comenzaremos por el régimen general en Derecho francés (sub II), para pasar a continuación a ver el régimen de los artículos 1843 *Code Civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce*, al hilo del cual se irán efectuando las oportunas comparaciones (sub III).

Antes de comenzar, sin embargo, es necesario hacer una pequeña indicación terminológica. Desde su promulgación en 1804 hasta la reforma de 2016 el Código Civil francés no contenía una teoría general de la representación. Este hecho, unido a la concepción del mandato en el artículo 1984 *al. 1 Code civil* como una figura indisolublemente ligada a la existencia de un poder de representación, está en la base de la tradicional confusión entre ambas figuras<sup>4</sup> y,

<sup>2</sup> *Vid.*, por todos, SINAY, *Revue des sociétés*, 1966, p. 249: «Mais dans la législation antérieure ces opérations réalisaient pleinement la société, parce que la personnalité morale, même des sociétés de capitaux, émanait directement du pacte social. Il n'en va plus de même dans le nouveau système de constitution»; DONDERO, 2019, núm. 537: «Jusqu'à l'adoption de La loi du 4 janvier 1973, la reconnaissance de la personnalité morale de la société civile n'était pas subordonnée à l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés. La personnalité morale des sociétés civiles avait été consacrée par la jurisprudence antérieurement à la création du registre du commerce et des sociétés. La cour de cassation n'exigeait que la «constitution» des sociétés (Req., 23 févr. 1891, DP 1891. 1. 337; Les grand arrêts de la jurisprudence civile, n.º 15, note F. Terré et Y. Lequette: Req., 2 mars 1892, DP 1893. 1. 169).». Con respecto a las excepciones a este principio, puede verse GIBIRILA, 2020-2021, núm. 35.

<sup>3</sup> *Vid.*, por ejemplo en este sentido LE CANNU, *Bulletin Joly Sociétés*, 1986, p. 867 ss: «le gérant [d'une SARL durant la période de formation] ne représente pas la société parce que celle-ci n'est pas représentable, faute de personnalité».

<sup>4</sup> *Vid.*, C. GIVERDON: «mandat et représentation sont donc deux institutions que confond le *Code civil*» et «qu'à chaque fois que l'on se retrouve en présence d'un cas de représentation on ait eu tendance à tout ramener au mandat». C. Giverdon, *L'évolution du contrat de mandat, thèse précitée*, spéc. n.º 87, p. 66, apud GILSON-MAES, 2013, núm. 110, p. 72 n. 278. *Vid.*, más ampliamente, núm. 110 y ss. Pp. 72 y ss.

por lo que a nosotros nos interesa aquí, entre mandatario y representante o entre mandante y representado. Por este motivo, y a efectos de claridad, vamos a unificar la terminología a emplear, de manera que hablaremos de supuesto representante («*prétendu représentant*») para hacer referencia también a aquellos casos en los que los autores (sobre todo en relación al contrato de mandato) utilizan la expresión «*prétendu mandataire*» aludiendo a la persona que actúa sin poder en nombre de otra. Y de forma paralela, usaremos la expresión supuesto representado («*prétendu représenté*») para hacer referencia también a aquellos casos en los que los autores (sobre todo en relación al contrato de mandato) emplean la expresión «*prétendu mandant*» aludiendo a la persona en cuyo nombre supuestamente actúa el «supuesto representante».

## II. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN GENERAL QUE RESULTAN DE APLICACIÓN EN DERECHO FRANCÉS PARA EL CASO DE QUE SE PRODUZCA LA ACTUACIÓN DE UN SUPUESTO REPRESENTANTE

A los efectos de facilitar la comparación con el régimen de los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce*, vamos a comentar algunos aspectos del régimen general: Las relaciones entre el tercero y el supuesto representado (a); la ausencia de obligación del supuesto representado frente al tercero, salvo que resulten de aplicación las reglas del mandato aparente (b); las acciones que el tercero tiene frente al supuesto representante (c); el mecanismo para que el supuesto representado pueda hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante (d); la eficacia retroactiva de este mecanismo (e); y el margen de libertad del tercero para evitar quedar vinculado con el supuesto representado (f).

a) Las relaciones entre el tercero y el supuesto representado:

No existe consenso con respecto a esta cuestión.

i/ De un lado nos encontramos aquellos autores que aluden a una nulidad (bien porque se limitan a afirmar que «el acto concluido en ausencia de poder es nulo»<sup>5</sup>, o bien porque se limitan a mostrarse partidarios de conceder al supuesto representado una acción

<sup>5</sup> *Vid.*, GOUGEON, 2016, núm. 254, p. 155: «L'acte conclu en l'absence de pouvoir ou en dépassement de pouvoir contrevient à l'interdiction de s'engager pour autrui sans représentation, la sanction qui doit s'appliquer devrait être la nullité.»; MALAURIE, AYNÉS y GAUTIER, 2020, núm. 413, p. 347: «L'acte conclu par un mandataire sans pouvoir est nul; [...] Mais désormais la nullité est relative.».

de nulidad<sup>6</sup>) o la jurisprudencia que seguía la máxima según la cual «Attendu que la nullité d'un contrat en raison de l'absence de pouvoir du mandataire, qui est relative, ne peut être demandée que par la partie représentée»<sup>7</sup>.

ii/ De otro lado, otros autores simplemente se limitan a afirmar que el supuesto representado no está obligado (pero sin indicar, si mantienen esta posición porque consideran que no existe ningún contrato –y por tanto, ningún vínculo del tercero con nadie– o si únicamente la mantienen porque entienden que al menos no existe un vínculo entre el tercero y el supuesto representado)<sup>8</sup>; a este grupo probablemente habría que asimilar aquellos autores que sin ulteriores indicaciones acerca de cuales son las partes de ese acto, se muestran partidarios de la inoponibilidad (i.e. entienden que el acto realizado por el supuesto representante es inoponible al supuesto representado), porque consideran que el supuesto representado es ajeno –es un tercero– al acto realizado por el supuesto representante<sup>9</sup>; la razón es que, si consideran que el supuesto representado es un tercero con respecto al mismo, la consecuencia sería que el supuesto representado no está obligado.

iii/ Otros autores abogan, sin embargo, por la inexistencia<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> *Vid.*, por ejemplo, MOLIÈRE, 2017, núm. 14-17, p. 1550, esp. núm. 16, el cual se mostraba partidario de «Autoriser le représenté à requérir la nullité de l'acte accompli par le représentant en violation de ses pouvoirs». *Vid.*, más referencias en FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núm. 1, p. 1215 nota 1, y núm. 12-14, pp. 1217-1218.

<sup>7</sup> Cour de Cassation, Chambre civile 1, 2 novembre 2005, 02-14.614; Cour de cassation, Chambre civile 1, 9 juillet 2009, 08-15.413; Cour de cassation, Chambre civile 1, 15 janvier 2015, 13-12.479; Cour de cassation, Chambre civile 1, 5 mars 2015, 14-11.461 14-12.723; Cour de cassation, Chambre civile 1, 12 novembre 2015, 14-23.340; Cour de cassation, Chambre civile 3, 26 janvier 2017, 15-26.814.

<sup>8</sup> *Vid.*, RAYNARD y SEUBE, 2015, núm. 540, p. 426 «540. Principe: le mandant n'est pas tenu. Lorsque le mandataire agit au-delà de ses pouvoirs, les actes réalisés ne lient pas le mandant. La règle concerne l'hypothèse où le mandataire a outrepassé ses pouvoirs comme l'indique expressément l'article 1998 du *Code civil*, mais aussi, a fortiori, celle où il agit sans pouvoir».

<sup>9</sup> *Vid.*, GAUTIER, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 138: «si la «partie représentée» n'a pas donné de pouvoir, on ne peut considérer qu'elle est un cocontractant, elle se trouve de ce fait tiers au contrat».

<sup>10</sup> *Vid.*, en esta línea COLLART-DUTILLEUL y DELEBECQUE, 2019, núm. 647 p. 585: «Si le mandataire agit au-delà de ses pouvoirs, vend par exemple un bien alors qu'il devait seulement l'administrer, l'acte du mandataire doit être considéré comme nul ou plus exactement comme ne s'étant pas formé»; y con más claridad POSEZ, 2015, núm. 172, p. 302: «172. Nullité de l'offre et inexistence du contrat – L'offre déclarée par un prétendu représentant en réalité dépourvu de toute procuration, ou d'un mandataire agissant au-delà de son pouvoir, n'est pas inexistante: il n'est pas discutable en effet qu'une offre a bien été émise, pour autant que se trouve à présent réfutée l'analyse fictionnelle qui faisait du représenté l'auteur de la volition (455). Simplement, exprimée sans pouvoir de ce faire, le droit ne lui prêterait aucun effet (456), et l'acceptation qui lui serait donnée demeurerait tout aussi impuissante, par conséquent, à conclure le contrat. Jamais formé, ce dernier resterait ainsi, pour sa part, proprement inexistant (457)». *Vid.*, igualmente núm. 260, p. 440: «260. Le consentement d'un tiers au nom du destinataire – Celui qui entendrait accepter l'offre au nom et pour le compte de son destinataire devra être pourvu pour ce faire d'une procura-

iv/ Y, en fin, desde otras posiciones se considera, por el contrario, que existe un vínculo válido, pero viciado de nulidad, pero no se indica si el vínculo lo tiene el tercero con el supuesto representante o con el supuesto representado<sup>11</sup>.

v/ Esta indefinición también aparece en el nuevo artículo 1156 *al. 2 Code civil*, puesto que al establecer que «Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité», no se sabe si la acción de nulidad que puede ejercitar el tercero hace referencia a que existe una relación entre el tercero y el supuesto representante, pero que es nula, o si lo que existe es una relación entre el tercero y el supuesto representado, pero que es nula.

b) La ausencia de obligación del supuesto representado frente al tercero, salvo que resulten de aplicación las reglas del mandato aparente<sup>12</sup>.

Ciertamente, este hecho resulta evidente si se tiene presente que el supuesto representado no está obligado por lo realizado por el supuesto representante, a menos que lo haya ratificado expresa o tácitamente (*cf.*, artículo 1998 *al. 2 Code civil*, a contrario)<sup>13</sup>.

Lo que ya no resulta tan evidente, *rectius* resultaba tan evidente hasta la reforma de 2016, es el mecanismo del que dispone, en el régimen general, el supuesto representado frente a una eventual acción del tercero. Esta era una cuestión a la que no daba respuesta el artículo 1998 *al. 2 Code civil*. Como se ha afirmado de esta norma «Elle ne permet ni de déterminer si l'acte accompli au-delà

---

tion ou d'un pouvoir légal de représentation. À défaut, l'acceptation qu'il émettrait, existante par ailleurs, ne produirait aucun effet, et le contrat resterait inexistant (1069)».

<sup>11</sup> *Cfr.*, WICKER, *Recueil Dalloz*, 2016, núm. 37 p. 1949: «la validité de l'acte accompli sans ou en dépassement de pouvoir ne signifie en aucune façon que le représentant se trouve engagé en lieu et place du représenté. Si le contrat est valable, il est néanmoins imparfait puisque fait défaut le consentement de la partie représentée».

<sup>12</sup> *Vid.*, por ejemplo, Cass. première chambre civile 30 sept. 1997, no 95-19.710, afirmando que el supuesto representado no está obligado frente al tercero, salvo que exista un mandato aparente, por lo realizado por el supuesto representante: «Mais attendu que, statuant sur l'exception opposée par Mme X... aux bénéficiaires des chèques et tirée de l'absence de cause du rapport fondamental, la cour d'appel a retenu que si Mme Y... avait reçu de sa fille une procuration sur son compte bancaire, elle n'avait pas reçu, pour autant, mandat de contracter ou de garantir des emprunts, les époux Z... ne démontrant pas davantage qu'ils étaient en droit de se prévaloir d'un mandat apparent; qu'elle en a déduit à bon droit que Mme X... n'était pas tenue de rembourser les sommes que Mme Y... avait ainsi empruntées à titre personnel».

<sup>13</sup> Article 1998 *al. 2 Code civil*: «Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement».

*Vid.*, RAYNARD y SEUBE, 2015, núm. 540, p. 426 «L'exécution des engagements contractés au-delà du pouvoir donné par le mandant. 540. Principe: le mandant n'est pas tenu. Lorsque le mandataire agit au-delà de ses pouvoirs, les actes réalisés ne lient pas le mandant. La règle concerne l'hypothèse où le mandataire a outrepassé ses pouvoirs comme l'indique expressément l'article 1998 du *Code civil*, mais aussi, a fortiori, celle où il agit sans pouvoir».

des pouvoirs est simplement inopposable au mandant ou s'il est atteint de nullité ni, dans ce dernier cas, si la nullité est absolue ou relative. Voilà qui explique que la jurisprudence ait précisément hésité sur cette question, même si la Cour de cassation (sous réserve de sa chambre commerciale) semblait se fixer sur une nullité relative invocable par le seul mandant. Il n'est pas utile de s'attarder sur ces circonvolutions jurisprudentielles dans la mesure où la réforme y a précisément mis un terme.»<sup>14</sup> En la actualidad, tras la reforma de 2016, el mecanismo del que dispone el supuesto representado es la posibilidad de alegar la inoponibilidad del acto (*vid.*, el nuevo artículo 1156 *al.* 1 *Code civil* que ha zanjado *lege lata* esa cuestión<sup>15</sup>; no obstante, debe indicarse que continua la polémica al menos doctrinal acerca de esta elección del legislador<sup>16</sup>).

c) Las acciones que el tercero tiene contra el supuesto representante.

Estas acciones van a estar lógicamente en función de la posición que se mantenga con respecto a las relaciones entre ambos.

En este sentido, por lo que a nosotros nos interesa aquí, es posible aglutinar las diferentes posiciones en dos grupos:

i/ De un lado estarían aquellos planteamientos que, de alguna manera u otra, consideran que existe un vínculo entre el tercero y el supuesto representante (ya sea porque expresamente afirman que entre el tercero y el supuesto representante existe un vínculo válido<sup>17</sup>; o porque se limitan a indicar que mientras que no se declare la nulidad, subsiste un acto entre el tercero y el supuesto represen-

<sup>14</sup> *Vid.*, FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núm. 1 p. 1215). Para un análisis de este debate jurisprudencial, véase las numerosas referencias recogidas por FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núm. 1, p.1215 nota 1.

<sup>15</sup> Article 1156 *Code civil*: «L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté».

<sup>16</sup> Sobre este debate véase por todos, FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núms. 4 y ss., pp. 1216 y ss.

<sup>17</sup> *Vid.*, en este sentido FRANÇOIS, el cual, en coherencia con entender que «le remède approprié réside dans l'octroi au tiers contractant de bonne foi d'une action en résolution du contrat, en lieu et place de l'action en nullité prévue à l'article 1156, alinéa 2». (FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núm. 32 p. 1221), considera que «la requalification de l'action en nullité en une action en résolution implique que le tiers contractant et le mandataire soient unis par un contrat en tout point valable» (FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núm. 35, p. 1221) (*vid.*, núm. 33 p. 1221, dónde afirma «Mais le mandataire n'en est pas moins partie au contrat sous le rapport de sa conclusion, ce qui suffit à le rendre obligatoire à son égard (40)»).

*Vid.*, también en este sentido STORCK, 1982, núm. 231 p. 170 el cual afirma que «En principe, le contrat pour autrui conclu par une personne sans pouvoirs, est parfaitement valable.[...] La conséquence de cette analyse apparait alors clairement: le contrat existe, mais il ne peut produire effet à l'égard du tiers: il lui est inopposable» (A. Rieg, *Encycl. Dalloz Rep. Civ.* 2 ed, V Porte-fort nu.. 8 (apud, STORCK, 1982, núm. 231 p. 170, que hace suyo este planteamiento).

tante<sup>18</sup>; o porque afirman que el supuesto representante está obligado frente al tercero<sup>19</sup>).

Desde estas posiciones, lo coherente sería mantener que el tercero tiene una acción de responsabilidad contractual (algún autor considera de *lege ferenda* que el tercero debería tener además una acción de resolución frente al supuesto representante)<sup>20</sup>.

ii/ De otro lado estarían aquellos planteamientos que consideran que no existe un vínculo entre el tercero y el supuesto representante. Entre los mismos se encontrarían lógicamente aquellos que de *forma expresa afirman* que en caso de una actuación de un supuesto representante *no existe ningún contrato*<sup>21</sup>. Pero también deberían incluirse aquellos autores *que no dicen nada acerca de la existencia de una relación entre el tercero y el supuesto representante*, normalmente porque consideran que no existe ningún vínculo entre el tercero y el supuesto representante; este sería el caso, en nuestra opinión, de aquellos autores que entienden que lo que existe, por el contrario, es un vínculo (ya sea válido, o viciado de nulidad) entre el tercero y el supuesto representado<sup>22</sup>.

Pues bien, desde estas posiciones lo coherente, a su vez, sería mantener que lo que el tercero tendría frente al supuesto represen-

<sup>18</sup> TERRE, SIMLER, LEQUETTE y CHÉNÉDÉ, 2018, núm. 236 p. 266: «Tant que la nullité n'a pas été prononcée, soit que le tiers contractant ne l'ait pas demandé, soit qu'il ait connu le dépassement de pouvoir, l'acte passé subsiste entre le représentant et le tiers contractant.

<sup>19</sup> *Vid.*, MERCADAL, 2016, p. 121 el cual afirma «Mais le représentant reste tenu envers le cocontractant avec lequel il a connu le contrat»

<sup>20</sup> Esta es la posición de FRANÇOIS. Así, si se considera que la relación entre el tercero y el supuesto representante es válida (cosa que hace FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núm. 35, p. 1221, «le tiers contractant et le mandataire soient unis par un contrat en tout point valable») entonces lógicamente no se puede mantener que el tercero tenga una acción de responsabilidad extracontractual, sino que, en su caso, tendría que ser contractual. Este es el planteamiento de FRANÇOIS, el cual además, en coherencia con su planteamiento de considerar que «le remède approprié réside dans l'octroi au tiers contractant de bonne foi d'une action en résolution du contrat, en lieu et place de l'action en nullité prévue à l'article 1156, alinéa 2.» (*cfr.*, núm. 32, p. 1221), considera que «le tiers contractant est de bonne foi au sens de l'article 1156, alinéa 2. Il pourra alors obtenir la résolution du contrat conclu avec le mandataire. À défaut, il sera lié par ce contrat et devra attendre que le mandant prenne parti sur sa ratification. En outre, il pourra engager la responsabilité contractuelle du mandataire s'il a subi un préjudice, soit en raison du retard dans l'exécution résultant du temps écoulé jusqu'à la ratification du contrat, soit en raison de sa non-ratification, soit encore en conséquence de sa résolution.» (*cfr.*, núm. 36, p. 1221). Sin embargo, considera que si tercero carece incluso de acción de resolución, si conoce la falta de poder (así, «Le tiers contractant connaissait le dépassement de pouvoir. Il aura alors pris ses risques et devra s'en remettre à la décision de ratification du mandant (sauf à convenir avec le mandataire d'une résolution amiable du contrat conclu hors pouvoir)» (*cfr.*, FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núm. 37, p. 1221).

<sup>21</sup> *Vid.*, en esta línea COLLART-DUTILLEUL y DELEBECQUE, 2019, núm. 647, p. 585: «Si le mandataire agit au-delà de ses pouvoirs, vend par exemple un bien alors qu'il devait seulement l'administrer, l'acte du mandataire doit être considéré comme nul ou plus exactement comme ne s'étant pas formé». Y con más claridad POSEZ, 2015, puesto que si se mantiene que el contrato es inexistente (ya sea por que se entienda que la oferta es inexistente –*cfr.*, núm. 172, p. 302–, ya sea porque se entienda que la aceptación es inexistente –*cfr.*, núm. 260, p. 440–) entonces hay considerar que no existe ninguna relación jurídica del tercero, ni con el supuesto representante, ni con el supuesto representado.

<sup>22</sup> *Vid.*, *supra* los autores mencionados en los apartados i/, ii/ y iii/ dentro de II a)



tante sería, en su caso, una acción de responsabilidad extracontractual (*vid.*, con respecto a la misma los nuevos artículos 1240 y 1241 *Code Civil* introducidos por la reforma de 2016).

\* Con todo, debe subrayarse que desgraciadamente son pocos los autores que parecen manifestar esta coherencia<sup>23</sup>. Es más, incluso son pocos los que indican siquiera qué tipo de responsabilidad tiene el supuesto representante<sup>24</sup>. La mayoría, aún considerando que el supuesto representante está sujeto a responsabilidad, no indican el tipo de responsabilidad de la que se trata<sup>25</sup>.

d) El mecanismo para que el supuesto representado pueda hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante.

El supuesto representado puede hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante mediante la ratificación (*vid.* artículo 1998 *al. 2 Code civil*).

e) Efecto de este mecanismo.

Esta ratificación surte efectos retroactivos<sup>26</sup>.

f) El margen de libertad del tercero para evitar quedar vinculado con el supuesto representado.

El tercero que desconozca que el representante no tenía poder, podrá desligarse de este «vínculo contractual viciado de nulidad»

<sup>23</sup> *Vid.*, entre los pocos, GOUGEON, 2016, que tras afirmar que el acto concluido en ausencia de poder es nulo (*cf.*, núm. 254, p. 155: «l'acte conclu en l'absence de pouvoir ou en dépassement de pouvoir contrevient à l'interdiction de s'engager pour autrui sans représentation, la sanction qui doit s'appliquer devrait être la nullité»), indica que la responsabilidad del mandatario es extracontractual cuando se produce una extralimitación de poder, por lo que debe entenderse lo mismo, con mayor motivo, cuando lo que se da es una ausencia de poder (*cf.*, núm. 264 pp. 158-159: «Dans le cas d'un dépassement de pouvoirs, le mandataire engage également sa responsabilité délictuelle à l'égard du cocontractant ainsi qu'à l'égard de tout tiers ayant un intérêt au contrat»).

<sup>24</sup> *Vid.*, sin embargo apuntado que la responsabilidad es extracontractual, GILSON-MAES, 2013, p. 205, núm. 350: «350. La responsabilité délictuelle du mandataire: applications. En effet, en droit français, les circonstances dans lesquelles le mandataire peut engager sa responsabilité délictuelle à l'égard des tiers sont envisagées largement et il n'est nul besoin de relever une absence, un dépassement ou un abus de pouvoir.». Parece también considerar que la responsabilidad, en caso de actuación sin poder, es extracontractual, BARBIERI, *Revue des sociétés*, 2021, núm. 9, p. 507.

<sup>25</sup> *Vid.*, por ejemplo, TERRE, SIMLER, LÉQUETTE y CHÉNEDÉ, 2018, núm. 236, p. 266; CHANTEPIE y LATINA, 2016, núm. 389, p. 316; BÉNABENT, 2021, núm. 693, p. 475; KENFACK y RINGLER, 2017, núm. 413, p. 232; SAINTOURENS, *Revue des sociétés*, 2005, p. 155; RAYNARD y SEUBE, 2015, núm. 536, p. 424; WICKER, *Recueil Dalloz*, 2016, núm. 3 p. 1949.

<sup>26</sup> *Vid.*, Por todos, MERCADAL, 2016, núm. 387 p. 123; BÉNABENT, 2018, p. 66; COLLART-DUTILLEUL y DELEBECQUE, 2019, núm. 649, p. 587: «La ratification est un mandat rétroactif. Le mandant va donc se trouver lié à l'égard des tiers avec qui le mandataire a contracté et en plein accord avec ledit mandataire. Il ne pourra donc rien lui réclamer, à moins qu'il n'ait réservé ses droits au moment de la ratification. La rétroactivité qui s'attache à cette ratification signifie que l'acte sera considéré comme régulier à compter de sa conclusion, mais aussi que les droits acquis par les tiers dans l'intervalle peuvent être remis en cause».

(ésta es de *lege lata* la posición del legislador francés, *vid.* nuevo artículo 1156 *al.* 2. *Code civil*) invocando su nulidad<sup>27</sup> (lo que a efectos valorativos equivale a una revocación de su consentimiento) antes de que el supuesto representado lleve a cabo esta ratificación (*vid.*, nuevo artículo 1156 *al.* 3 *Code Civil*). Por tanto, el tercero tiene un margen de libertad y puede evitar, con su sola voluntad, quedar vinculado con el supuesto representado<sup>28</sup>.

### III. LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LOS ARTS. 1843 *CODE CIVIL* Y L. 210-6 *AL.* 2 *CODE DE COMMERCE*: LAS REGLAS APLICABLES A LA SOCIEDAD EN FORMACIÓN COMO EXCEPCIÓN AL RÉGIMEN GENERAL DEL *FALSUS PROCURATOR*

La razón por la que debe entenderse que estos preceptos introducen una excepción al régimen general es, en nuestra opinión, clara: los mismos regulan también un caso en el que una persona

<sup>27</sup> Para una crítica a esta solución positiva, v. FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núm. 32-38, p. 1221 que considera que el tercero debería disponer de una acción de resolución.

Con respecto a la solución del artículo 1156 *al.* *Code civil*, debe entenderse, en nuestra opinión, que el tercero puede invocar la nulidad no solo como una acción, sino también como una excepción en aquellos casos en los que se ejercitara frente a él una eventual acción de cumplimiento por parte del supuesto representante, en la que éste manifestara claro está que actúa en nombre del supuesto representado. Sin embargo, es necesario indicar que no parece que esta invocación sea posible en el caso de que la acción de cumplimiento sea ejercitada por el supuesto representado, puesto que en este caso debe entenderse que el ejercicio de una acción de cumplimiento por parte de este último implica cuando menos la ratificación implícita de lo realizado por el supuesto representante, por lo que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1156 *al.* 3 *Code civil*, ya no sería posible invocar la nulidad).

Ciertamente, la situación era distinta antes de la reforma de 2016. Así, aunque algún autor sostenía que el tercero podía alegar la nulidad relativa, con lo que le era posible desvincularse (*vid.* en este sentido, GAUTIER, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006 p. 138., el cual afirmaba que «dans notre hypothèse, le titulaire du droit de critique, c'est bien le tiers cocontractant. C'est à lui que bénéficie la nullité relative»), ésta no era la posición mayoritaria de la jurisprudencia francesa, puesto que, como ya comentamos, la misma consideraba mayoritariamente que «Attendu que la nullité d'un contrat en raison de l'absence de pouvoir du mandataire, qui est relative, ne peut être demandée que par la partie représentée» (Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 2 novembre 2005, 02-14.614; Cour de cassation, Chambre civile 1, 9 juillet 2009, 08-15.413; Cour de cassation, Chambre civile 1, 15 janvier 2015, 13-12.479; Cour de cassation, Chambre civile 1, 5 mars 2015, 14-11.461 14-12.723; Cour de cassation, Chambre civile 1, 12 novembre 2015, 14-23.340; Cour de cassation, Chambre civile 3, 26 janvier 2017, 15-26.814). En el mismo sentido se manifestaba un sector de la doctrina [«Dans le sens de l'arrêt commenté, des auteurs ont souligné qu'il serait impossible au tiers de soulever la nullité, celle-ci étant réservée au seul mandant, qui aurait la latitude de s'en prévaloir ou bien de ratifier l'acte; le tiers a cru au pouvoir, il devra s'y tenir (J. Huet, Les principaux contrats spéciaux, 2 e éd. LGDJ, 2001, § 31211; E. Gaillard, note Ass. plén. 28 mai 1982, D. 1983. J.117, concl. Cabannes et 349)», *apud* GAUTIER, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p.138].

<sup>28</sup> *Vid.*, en este sentido FRANÇOIS, *Recueil Dalloz*, 2018, núm. 23, p. 129 «l'article 1156, alinéa 2, offre au tiers de bonne foi une porte de sortie qui ne dépend que de sa décision»).

(a la que vamos a llamar actuante) realiza un acto en nombre de otra persona, rectius, de una supuesta persona (dado que la sociedad en formación no tiene personalidad jurídica), sin tener poder para ello (obviamente, puesto que el poderdante no existe)<sup>29</sup>. Por consiguiente, en estos supuestos también estamos en presencia de un caso de *falsus procurator*<sup>30</sup>, lo que ocurre es que su regulación jurídica difiere de la del régimen general que acabamos ver (*supra* II).

Para constatar estas diferencias vamos seguir el mismo esquema que hemos utilizado en el apartado anterior, analizando las relaciones entre el tercero y el supuesto representado (a), la ausencia de obligación del supuesto representado frente al tercero (b), las acciones que el tercero tiene frente al supuesto representante (c), el mecanismo para que el supuesto representado pueda hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante (d), la eficacia retroactiva de este mecanismo (e) y el margen de libertad del tercero para quedar vinculado con el supuesto representado (f).

Así, en el caso de que una persona actúe en nombre de una sociedad indicando expresamente que la misma está en formación:

a) Las relaciones entre el tercero y el supuesto representado.

En el caso de que una persona actúe en nombre de una sociedad indicando expresamente que la misma está en formación, existe un

<sup>29</sup> Como pone de manifiesto la Cour de Cassation, Chambre commerciale, 12 février 1991, 89-15.845 «Mais attendu qu'une société n'acquiert la personnalité morale qu'à compter de son inscription au registre du commerce et des sociétés, peu important à cet égard qu'elle soit tenue, lorsqu'elle les a ratifiés, des engagements pris par les personnes agissant en son nom au cours de la période de formation; qu'il s'ensuit que ces personnes ne peuvent, pendant cette période et, partant, avant le début des opérations de formation, être considérées comme les mandataires de la société». *Vid.*, por ejemplo en la doctrina, BONNARD, *Revue des sociétés*, 1992, 2, p. 263, «la société n'ayant pas d'existence juridique avant son immatriculation, aucune personne ne peut antérieurement se prévaloir de la qualité de mandataire de celle-ci»; MERLE, 2013 núm. 76 p. 111 nota. 5: «les personnes ayant agi au nom de la société en formation ne peuvent pas être considérées comme des mandataires de la société, Com 3 janv. 1996, Bull. Joly 1996. 314, n.º 108, C. Prieto»; DONDERO y LE CANNU, 2019, núm. 344 p. 254. «Diverses chambres de la Cour de cassation ont jugé, dans cette logique, qu'une société en formation ne peut contracter elle-même, qu'elle ne peut agir en justice, ou que les personnes qui agissent au nom d'une telle société ne peuvent, pendant la période de formation, être considérées comme ses mandataires».

<sup>30</sup> Parecen considerar también que en estos casos estamos en presencia de un *falsus procurator*; MALAURIE, AYNÉS y GAUTIER, 2020, núm. 413, p. 347.: «413. Absence de pouvoirs. L'acte conclu par un mandataire sans pouvoir est nul. La nullité est relative. Pas davantage le contrat n'est conclu avec le mandataire, qui voudrait s'en prévaloir. En revanche, il peut lui être opposé lorsqu'il s'agit d'actes conclus pour le compte d'une société en formation (art. 1843; C. com., art. L. 210-6): si la société ne «reprend» pas les actes, le prétendu mandataire est personnellement engagé»

vínculo obligatorio válido entre el tercero y el actuante (supuesto representante) (*cf.*, artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al.* 2 *Code de commerce*<sup>31</sup>)<sup>32</sup>.

Por tanto, a diferencia de lo que veíamos que ocurría en aplicación de las reglas generales con la relación entre tercero y supuesto representante [*vid.*, *supra* II a)], en este caso (i.e. la relación entre el tercero y el actuante) no cabe sostener que el vínculo entre los mismos sea nulo o que no exista vínculo entre ellos o que el contrato sea inexistente<sup>33</sup>.

La existencia de un vínculo obligatorio válido entre el tercero y el supuesto representante resulta indiscutible si tenemos en cuenta dos cosas:

i/ Primero, que estos preceptos prevén [como veremos a continuación *infra* III d)] que la sociedad (supuesto representado) puede hacer suyos los actos realizados por el actuante (supuesto represen-

<sup>31</sup> Article 1843 *Code civil*: «Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci.»

Article L. 210-6 *al.* 2 *Code de commerce*: «Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis, à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, ne reprenne les engagements souscrits. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société.»

<sup>32</sup> *Vid.*, por ejemplo DONDERO, *Gazette du Palais*, 6 mai 2014, p. 17 «Si la société n'est pas immatriculée, ou bien si le contrat n'est repris par elle, c'est sur le signataire, ou sur les personnes que celui-ci représentait en concluant l'acte (en clair: les associés de la société en cours de constitution), que pèsent les conséquences du contrat». En el mismo sentido, MASSART, 2016, núm. 137 «La problématique du sort des actes passés pendant la période de conception de la société est connue. Comme la société n'acquiert la personnalité juridique qu'au moment de son immatriculation, les actes accomplis par les dirigeants entre le moment de la signature du contrat de société et son immatriculation ne peuvent être accomplis au nom d'une personne morale qui n'existe pas encore. Les articles 1843 du *Code civil* et L. 210-6 du *Code de commerce* permettent de surmonter cette difficulté en prévoyant que les engagements contractés pendant la période de formation de la société pèsent sur ceux qui les ont contractés, sauf s'ils sont repris par la société après son immatriculation. Cette faculté de reprise ressemble étrangement à une cession de contrat dans la mesure où il y a effectivement une cession de la qualité de partie au contrat, la société régulièrement immatriculée se substituant au dirigeant ayant conclu le contrat au nom de la société en formation.» COZIAN, VIANDIER y DEBOISSY, 2019, núm. 330 p. 126 «Jusqu'à a une éventuelle reprise, l'acte n'engage donc que son auteur, qui est tenu en qualité de partie de l'acte et non au titre d'une quelconque responsabilité. Par conséquent, s'agissant d'un emprunt contracté pour le compte d'une société en formation et non repris après immatriculation, l'associé est personnellement tenu en qualité d'emprunteur, de sorte que l'article 1415 du *Code civil* est applicable à son engagement»

Parece mantener una visión distinta DAUBLON, que considera que «est-ce le signataire qui se retrouvera finalement contractant si la personne morale n'accède pas à la vie juridique ou ne reprend pas la convention à son compte.» (v DAUBLON, Répertoire Defrénois 1977, art. 31393, núm. 9, p. 668).

<sup>33</sup> Indican también esta diferencia MALAURIE, AYNÉS y GAUTIER, 2020, núm. 413, p. 347

tante) por medio de una «reprise» (asunción) de los mismos; y solo es posible prever esto si se considera que existe un vínculo válido entre el tercero y el actuante (supuesto representante).

ii/ Y segundo, que en los casos en los que efectivamente no se llega a producir la inscripción de la sociedad en formación o no tiene lugar esta «reprise» (asunción), a pesar de todo se entiende que entre el actuante y el tercero existe un vínculo obligatorio válido<sup>34</sup> [es necesario indicar que este vínculo no es, sin embargo, asimilable al que hubiera existido entre ellos en el caso de que el actuante hubiera actuado en nombre propio con el tercero, puesto que en el primer caso, i.e cuando el actuante actúa en nombre de la sociedad en formación, este acto es susceptible de la «reprise» (asunción) prevista en los artículos 1843 *Code Civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce*, mientras que en el segundo caso, i.e cuando el actuante ha actuado en nombre propio con el tercero, este acto solo es susceptible de una «cession de dette» regulada en las reglas generales (*vid.*, el nuevo artículo 1327 *al.1 Code civil*) (acerca de la diferencia entre ambas *vid.*, *infra* III d) ii/)].

Otra cosa es que, desde una perspectiva de Derecho comparado, resulte peculiar (y sorprendente) que los artículos 1843 *Code Civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* consideren que existe un vínculo contractual (válido) entre el tercero y el actuante, a pesar de que éste último no ha actuado en nombre propio, sino en nombre ajeno. En otros ordenamientos esto no resulta posible, en aplicación de las reglas generales en materia de actuación de un *falsus procurator* (*vid.*, por ejemplo §§ 177-179 BGB<sup>35</sup> y artículo 1259 II Código Civil).

<sup>34</sup> *Vid.*, MERLE, 2021, núm. 101, pp. 128-129 «Conséquences du défaut de reprise. Il peut arriver que la société ne soit pas immatriculée ou qu'étant immatriculée tout ou partie des actes accomplis au cours de la période constitutive ne soient pas repris. En ce cas, les personnes qui ont accompli les actes passés au nom de la société en formation ou qui ont donné mandat pour les accomplir restent seules tenues envers leurs cocontractats, indéfiniment et solidairement entre elles le cas échéant (art. L. 210-6). [...] Toutefois, es personnes responsables ne sont que celles qui ont agi personnellement pour le compte de la société en formation et non pas toutes celles qui ont participé a la constitution». En el mismo sentido, GERMAIN y MAGNIER, 2017, núm. 1569, p. 64

<sup>35</sup> Así, de acuerdo con estas reglas generales (que resultan también de aplicación a los supuestos de actuación en nombre de una sociedad todavía no existente (*vid.*, por ejemplo, SCHUBERT, 2018, §177 Rdn 4: «§177 greift ein, wenn der Vertreter für eine noch zu gründende Gesellschaft sowie für die gegründete, aber noch nicht rechtsfähig entstandene juristische Person (zB Vorgesellschaft der AG oder GmbH) agiert hat»), se afirma con claridad, a propósito de la posibilidad que según el §179 Abs. 1 BGB el tercero tiene de optar por compeler al *falsus procurator* a cumplir el contrato, que «Verlangt der Geschäftsgegner von dem Vertreter Erfüllung des Vertrages, so hat dies nicht zur Folge, dass der Vertreter Vertragspartner wird (BGH NJW 1970, 240 [241]; 1971, 429 [430]; Erman/Maier-Reimer/Finkenauer Rn. 9; Soergel/Leptien Rn. 16; Staudinger/Schilken, 2019, Rn. 12; RGRK-BGB/Steffen Rn. 9; Palandt/Ellenberger Rn. 5; Flume BGB AT II § 47, 3a; Klingbeil ZfPW 2020, 150 [162]). Zwischen Geschäftsgegner und Vertreter entsteht aber ein gesetzliches Schuldverhältnis, dessen Inhalt mit dem des vollmachtlos abgeschlosse-

b) La ausencia de obligación del supuesto representado frente al tercero.

El supuesto representado (la sociedad) no está obligado frente al tercero.

La situación con respecto a este segundo punto de comparación parece a primera vista similar o equiparable a la que se produce cuando resultan de aplicación las reglas generales [*vid.*, *supra* II b)].

Un análisis más cuidadoso, sin embargo, lleva a la necesidad de hacer algunas precisiones, de un lado, con respecto a los supuestos en los que son de aplicación las reglas especiales de los arts 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* y, de otro, con relación a lo que puede hacer el supuesto representado frente a una eventual pretensión del tercero.

i/ En el caso de la representación en nombre de la sociedad en formación, como ya hemos indicado, el supuesto representado en puridad no existe (porque carece de personalidad jurídica) en el momento de celebrar el acto (y puede que no llegue a existir nunca), con lo que si ponemos el foco en ese momento, está claro que en ese momento, ni el supuesto representado puede estar obligado (para empezar porque ni siquiera existe), ni podría ser planteable que el tercero, correlativamente, pudiera ejercitar ninguna acción de cumplimiento contra él (por este mismo motivo). Es decir, la razón de la inexistencia de esta obligación o, en su caso, de la imposibilidad de accionar del tercero, obedece en esta situación a una circunstancia previa: el supuesto representado no existe (éste no es el escenario, o en el caso de que se admita desde luego no es el escenario usual, del que parten las reglas generales).

ii/ Esta misma circunstancia (i.e. la inexistencia del supuesto representado) probablemente impide que en estos casos, i.e. cuando se actúa en nombre de una sociedad en formación, sea posible plantearse como excepción la existencia de un mandato aparente, a diferencia de lo que ocurre cuando resultan de aplicación las reglas generales [*supra* II b)]<sup>36</sup>.

---

nen Vertrages übereinstimmt (BGH NJW 1970, 240 [241]; WM 1990, 1450 [1452]; Erman/Maier-Reimer/Finkenauer Rn. 9). (*Vid.*, SCHÄFER, 2021, § 179 Rn. 20).

<sup>36</sup> Debemos indicar, no obstante, que cuando la jurisprudencia (y la doctrina) se ha planteado la posible aplicación de la teoría del mandato aparente a la sociedad en formación, la ha excluido por considerar que no existía una creencia legítima del tercero y no porque el presunto representado no existiera. Así, la sentencia Cass. com. 22 juill. 1986, François c/SARL Restaurants français afirma «qu'en déduisant que ce dernier n'avait pas été trompé par l'étendue des pouvoirs exercés par M. Danneker, elle a justifié légalement sa décision en ce qu'elle a écarté l'existence d'une croyance légitime à un mandat apparent» (Cass. com. 22 juill. 1986, François c/ SARL Restaurants français, *Bulletin Joly Sociétés*, 1986, 9, p. 867 ss, note LE CANNU, que se felicita de la decisión).

iii/ Por último, también son distintos los mecanismos o, más exactamente, lo que puede hacer el supuesto representado frente a una eventual pretensión del tercero. Así, en el caso de las reglas generales el mecanismo del que dispone el supuesto representado frente a una eventual acción del tercero, como hemos visto [*supra* II b)], es alegar la inoponibilidad del acto realizado por el supuesto representante (*vid.*, el nuevo artículo 1156 *al.* 1 *Code civil*). Por el contrario, en el caso de las reglas societarias, lo que puede hacer el supuesto representado (en la hipótesis de que finalmente la sociedad se inscriba y por consiguiente llegue a existir), como veremos [*infra* III d)], es no efectuar una «reprise» (asunción) de los actos realizados por el supuesto representante (el actuante) (*cfr.*, artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al.* 2 *Code de commerce*), cosa que podrá hacer a menos, claro está, que la reprise (asunción) no haya tenido ya lugar con la inscripción.

c) Las acciones que el tercero tiene contra el supuesto representante.

El tercero puede ejercitar acciones contractuales contra el actuante (supuesto representante), puesto que, como hemos visto, entre ellos existe un vínculo contractual válido [*supra* sub a)].

Esto supone, entre otras cosas, que el actuante (supuesto representante) tiene una responsabilidad contractual frente al tercero (*cfr.*, en este sentido artículos 1843 *Code civil* y especialmente L. 210-6 *al.* 2 *Code de commerce*: Article L. 210-6 *al.* 2 *Code de commerce* que afirma: «Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis»).

En este punto, por tanto, podría darse una diferencia con respecto a los casos a los que resultan de aplicación las reglas generales, puesto que, con respecto a los mismos, como ya comentamos [*vid.*, *supra* II c)], era objeto de debate si en esos casos existía un vínculo entre el tercero y el supuesto representante o no, lo que debería traer como consecuencia, en buena lógica, que la responsabilidad del supuesto representante fuera contractual o extracontractual.

---

La Cour de cassation ya había rechazado anteriormente la aplicación del mandato aparente a una sociedad en formación, no porque fuera incompatible (cuestión sobre la que la sentencia no entra a discutir), sino por entender que «cette motivation surabondante. La responsabilité solidaire et indéfinie résultant de l'article 5 est spécifique. Elle suffit à assurer la sécurité des tiers et le fait sûrement mieux que l'application de la théorie du mandat apparent» (CHAMPAUD, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1981, p. 763).

d) El mecanismo para que el supuesto representado pueda hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante.

La sociedad (supuesto representado) puede hacer suyos los actos realizados por el actuante (supuesto representante) mediante la «reprise» (asunción) de los mismos (lo que daría lugar a una sustitución del deudor).

En relación con esta cuestión es necesario, en primer lugar, preguntarse por la naturaleza jurídica del mecanismo previsto en estos artículos para que la sociedad pueda hacer suyos los actos realizados por el actuante (i.e., de la «reprise» (asunción)) (i/); en segundo lugar, es preciso poner en evidencia las diferencias entre que la «reprise» (asunción) y la «cession de dette» regulada en las reglas generales de los nuevos artículos 1327 a 1328-1 *Code civil* (ii/).

i/ Comenzando con la naturaleza jurídica de la «reprise» (asunción) prevista en los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce*, ésta es una materia sobre la que se han expresado opiniones distintas, tal vez porque hasta la reforma de 2016 el Derecho francés no había regulado la figura de la «cession de dette» (*vid.*, nuevos artículos 1327 à 1328-1 *Code civil*)<sup>37</sup> (figura que, si no se puede identificar totalmente, al menos se asemeja a figuras de otros ordenamientos continentales, como por ejemplo la *Schuldübernahme* en Derecho alemán o la *asunción de deuda* en Derecho español<sup>38</sup>). De esta manera, por ejemplo, se mantuvo que «La justification juridique de la solution n'est pas évidente. Aucune des explications doctrinales proposées n'est vraiment satisfaisante: stipulation pour autrui, application aux personnes morales de l'adage «*infant conceptus pro nato habetur*»..., gestion d'affaires. L'engagement pris sous condition résolutoire de la reprise par la société est peut-être la moins mauvaise explication (2)»<sup>39</sup>. O incluso se ha considerado, al menos por lo que respecta al artículo L. 210-6 *al. 2 Code de commerce*, que este precepto «Ainsi se trouve donc consacrée cette sorte de «mandat rétroactif», que l'on peut rattacher à la ratification envisagée par l'article 1998, alinéa 2, du

<sup>37</sup> *Vid.*, por ejemplo, MALAURE, AYNÉS y STOFFEL-MUNCK, 2018, núm. 1437, p. 814: «Longtemps, depuis que la cession de dette est une question agitée (fin du XIX siècle) jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016, on lui a donné un sens technique: le droit français ne disposait pas de «une institution symétrique à la cession de créance, qui aurait permis la cession de dette»

<sup>38</sup> *Vid.*, LASSERRE, *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1578 la cual afirma que «Introduire la circulation des dettes est une véritable révolution rapprochant le droit civil français du droit allemand qui a intégré la cession de dette (*Schuldübernahme*) en 1896 dans le code civil (BGB)». Ver también acerca de las similitudes y diferencias entre la cession de dette y la *Schuldübernahme* LEHMANN, 2015, pp. 224 ss

<sup>39</sup> *Cfr.*, Y Guyon, núm. 164; comp. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, n. 1061 (apud, MERLE 2021, núm. 100 p. 128, n. 4). Y siguiendo a los anteriores RAVEL D'ESCLAPON, *Revue des Sociétés*, 2019, núm. 5 p. 108. *Vid.*, también SAINTOURENS, 2012, p. 1019



*Code civil* (V. obs. préc. Hallouin)»<sup>40</sup>. Así las cosas, la reforma de 2016 tendría que servir para despejar las eventuales dudas y dejar claro que los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* regulan, bien verdaderos supuestos de «cessión de dette», bien de una figura que se asemeja a la misma<sup>41</sup>.

Aclaradas las eventuales dudas que pudieran subsistir acerca de la naturaleza jurídica del mecanismo previsto en estos artículos para que la sociedad pueda hacer suyos los actos realizados por el actuante (la reprise (asunción)), resulta evidente que en este punto existe una diferencia importante, por no decir esencial, con respecto al régimen general, de la que traen causa las demás divergencias. Y ello, porque cada regulación, la general y la societaria, utiliza mecanismos completamente diferentes.

Así, como ya tuvimos ocasión de comentar [*vid.*, *supra* II d)], el mecanismo previsto en las reglas generales (*cfr.*, artículo 1998 *al. 2 Code civil*) para que el supuesto representado pueda hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante es la ratificación, que es una declaración de voluntad del supuesto representado que tiene como efecto crear un vínculo obligatorio *ex novo* entre éste y el tercero, donde antes no existía, en nuestra opinión, ningún vínculo obligatorio.

Por el contrario, como acabamos de analizar, el mecanismo previsto en las reglas societarias (*cfr.*, artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce*) para que el supuesto representado (la sociedad) pueda hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante (el actuante), es la reprise (asunción), que es una declaración de voluntad del supuesto representado que tiene como efecto, no crear un vínculo obligatorio, sino únicamente producir una sustitución del deudor; es decir, en virtud de la misma la sociedad (supuesto representado) va a subentrar en la posición del supuesto representante (el actuante) en el vínculo obligatorio preexistente que ya tenía éste con el tercero.

<sup>40</sup> *Vid.*, LIENHARD, *Dalloz actualité*, 10 juillet 2008.

<sup>41</sup> Así en esta línea parece moverse Didier, 2000, p. 554, el cual propone que «Il suffirait ensuite de considérer que la société peut décider de reprendre ces engagements et ceci rétroactivement, puisque la loi le dit mais que cette reprise s'analyse en une novation et requiert donc l'accord expresse ou tacite des créanciers».

*Vid.*, no obstante, MASSART, 2016, núm.137 el cual considera que «Cette faculté de reprise ressemble étrangement à une cession de contrat dans la mesure où il y a effectivement une cession de la qualité de partie au contrat, la société régulièrement immatriculée se substituant au dirigeant ayant conclu le contrat au nom de la société en formation». *Vid.*, también GERMAIN y MAGNIER, 2017, núm. 1570, p. 66 que consideran que se trata de un mecanismo original: «Le mécanisme original institué par les textes récents implique que la volonté des personnes qui agissent pour le compte de la société en formation est suffisante pour faire naître des droits ou des obligations au profit ou à la charge de la société sous la condition que toutes les formalités légales seront accomplies. La construction juridique est laborieuse, mas les résultats pratiques sont utiles».

Esta divergencia, por lo demás, constituye también un punto de separación con otros ordenamientos de Derecho comparado como el alemán o el español en los que, por el contrario, se aplica el mecanismo previsto en las reglas generales para que el supuesto representado pueda hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante (la ratificación), también a los casos en los que el supuesto representado sea una sociedad que quiera hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante, i.e. el actuante (*cf.*, por ejemplo en Derecho español el artículo 38.1 LSC)<sup>42</sup>.

En otras palabras, desde una perspectiva de Derecho comparado, existe una diferencia radical entre (a) el mecanismo previsto en Derecho francés para que la sociedad inscrita haga suyos los actos realizados durante la etapa en formación (que consiste en una «reprise» (asunción) de los mismos y (b) el mecanismo previsto en Derecho alemán y español para que la sociedad inscrita haga suyos estos actos (que se instrumentaliza a través de la ratificación por parte de la misma de estos actos realizados en su nombre –aunque en propiedad no es en su nombre, sino en nombre de la sociedad en formación, hay una continuidad en la personalidad jurídica entre una y otra<sup>43</sup>– por parte de un representante sin poder).

ii/ Aclarada la cuestión de la naturaleza jurídica del mecanismo previsto en estos artículos para que la sociedad pueda hacer suyos los actos realizados por el actuante, es necesario, sin embargo, en segundo lugar, poner en evidencia que la «reprise» (asunción) contemplada en las reglas especiales de los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* presenta dos importantes diferencias con respecto a la «cession de dette» regulada en las reglas generales de los nuevos artículos 1327 a 1328-1 *Code civil*.

<sup>42</sup> En la doctrina alemana véase, por ejemplo, SCHMIDT, 2018, §11 Rn. 21., el cual con respecto a los contratos realizados antes de la constitución de la sociedad, en nombre de la futura sociedad en formación o de la futura sociedad inscrita afirma «Da diese Gesellschaft noch nicht wirksam vertreten werden kann, muss sie den Vertrag gemäß § 177 BGB noch genehmigen»; en el mismo sentido, BLATH, 2017, §11 Rn. 37; FASTRICH, 2019, §11 Rn. 37; véase también ULMER y LOBBE, 2019, §2 Rn. 60 y especialmente Rn. 91, dónde con relación a los negocios celebrados por los administradores después de la constitución de la sociedad, pero antes de su inscripción afirma, «Einer Genehmigung der von den Geschäftsführern der Vor-GmbH abgeschlossenen Geschäfte nach § 177 BGB für die eingetragene GmbH bedarf es nur in denjenigen Fällen, in denen die Geschäftsführer außerhalb ihrer Vertretungsmacht (→ Rn. 68 f.) gehandelt und die Vor-GmbH daher nicht wirksam berechtigt und verpflichtet haben».

En la doctrina española puede verse SÁEZ LACAVE, 2011, pp. 446-449 y con más detalle ID, 2001, pp. 356-365; VELA TORRES, 2021, p. 814.

<sup>43</sup> Acerca de la continuidad en la personalidad jurídica entre la sociedad en formación y la sociedad inscrita, véase en la doctrina española SÁEZ LACAVE, 2011, p. 446 y con más detalle ID, 2001, pp. 351-356; VELA TORRES, 2021, p. 813. La doctrina alemana, por su parte, se muestra dividida. Así, mientras que algunos autores se muestran partidarios de la *Kontinuität* (v. por todos, ULMER y HABERSACK, 2019, §11 Rn. 11-12, 89) otros se inclinan por la tesis de la *Identität* (v. por ejemplo SCHMIDT, 2018, §11 Rn. 31, 152: „Die Eintragung bewirkt einen Formwechsel des identisch bleibenden Rechtsträgers von der Vor-GmbH zur fertigen GmbH«e *ibi* posteriores referencias bibliográficas).

De un lado, la «cession de dette» regulada en las reglas generales precisa del consentimiento del acreedor (*vid.*, el nuevo artículo 1327 *al.* 1 *Code civil*<sup>44</sup>), mientras que en la «reprise (asunción)» de los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al.* 2 *Code de commerce*, «l'accord du créancier n'est pas exigé»<sup>45</sup> y ello porque «cette reprise décidée unilatéralement par la société»<sup>46</sup>. En otras palabras, en estos casos se le impone al acreedor la sustitución del deudor<sup>47</sup>.

Y, de otro lado, la «cession de dette» regulada en las reglas generales tiene una eficacia *ex nunc*<sup>48</sup>; por el contrario, la «reprise (asunción)» de los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al.* 2 *Code de commerce* tiene una eficacia *ex tunc*, retroactiva, *ab initio* del acto<sup>49</sup>.

e) Efecto de este mecanismo.

Esta reprise (asunción) se produce en el momento en el que se cumplan los presupuestos previstos en los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al.* 2 *Code de commerce*, pero surte efectos *ex tunc*.

<sup>44</sup> Article 1327 *al.* 1: «Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette.»

<sup>45</sup> LE CANNU, *Revue des sociétés*, 1987, p. 595: «Ceux-ci risquent d'être victimes de la substitution de débiteur autorisée par les articles 5 et 1843. Contrairement à l'hypothèse de la novation par substitution de débiteur, l'accord du créancier n'est pas exigé».

*Vid.*, no obstante DIDIER, 2000, p. 554., que mantiene una posición distinta. Según este autor «Il suffirait ensuite de considérer que la société peut décider de reprendre ces engagements et ceci rétroactivement, puisque la loi le dit mais que cette reprise s'analyse en une novation et requiert donc l'accord expresse ou tacite des créanciers».

<sup>46</sup> *Vid.*, BONNARD, *Revue des sociétés*, 1992, p. 257

<sup>47</sup> *Vid.*, DONDERO y LE CANNU, 2019. núm. 345, p. 255: «si la reprise est accomplie dans les formes légales, les tiers se voient imposer une substitution de débiteur. *Vid.*, BONNARD, *Revue des sociétés*, 1992, p. 257: «cette reprise décidée unilatéralement par la société ne donnera pas au créancier deux débiteurs au lieu d'un, mais remplacera le débiteur initial par un autre débiteur, sans que le créancier ne puisse s'y opposer».

<sup>48</sup> *Vid.*, por ejemplo Article 1327-2: «Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir».

<sup>49</sup> *Vid.*, artículo 1843 «La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci»; artículo L. 210-6 *al.* 2 *Code de commerce*: «Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société».

*Vid.*, por ejemplo en la doctrina, comparando los efectos de la reprise con los de una cláusula de sustitución (que a nuestros efectos es equivalente a una cesión de crédito en la que se acuerde la liberación del antiguo deudor), RAVEL D'ESCLAPON, *Revue des Sociétés*, 2019, núm. 9, p. 109: «9. Du reste, l'absence d'équivalence entre les deux modes de transfert tient surtout aux effets de l'un et de l'autre. La reprise traditionnelle du droit des sociétés comporte un effet rétroactif. C'est tout son intérêt. Ainsi, l'on considère que la société immatriculée prend alors la place du souscripteur, comme si elle avait toujours été le cocontractant. En revanche, l'effet de la substitution de droit commun n'est pas de cet ordre. Celle-ci ne déploie pas de dimension rétroactive; elle ne vaut que pour le futur. L'amplitude de la substitution, dans ses conséquences, n'est donc pas la même que pour la reprise, et l'on imagine que la pratique continuera d'opter pour une rédaction, dans la souscription des actes, permettant tout à la fois la reprise classique et, à défaut, la substitution, dont il convient à présent d'envisager les conditions».

En el mismo sentido TISSEYRE, *Recueil Dalloz*, 2020, p. 1025. la cual hablando de una «clause de substitution» afirma que «Il faut tout de même relever que ce transfert n'a aucun effet rétroactif, à la différence de celui de la reprise».

No faltan, sin embargo, autores que cuestionan que la reprise tenga una eficacia *ex tunc* (así DIDIER, 2000, p. 553, afirma que «C'est sans doute le principe même de la rétroactivité qui mériterait d'être remis en cause».

De nuevo en este punto se constatan divergencias entre las consecuencias a las que conduce la aplicación de las reglas societarias y las que se originan cuando resultan de aplicación las reglas generales [vid., supra II e)]. Estas divergencias derivan del hecho de que, como hemos comentado anteriormente [vid., supra III d)], los mecanismos para que el supuesto representado haga suyos los actos realizados por el supuesto representante son completamente distintos en el caso de las reglas generales (la ratificación, cfr., artículo 1998 al. 2 *Code civil*), que en el de las reglas societarias [la reprise (asunción) cfr., artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 al. 2 *Code de commerce*].

Como además las dos surten efecto retroactivamente (*ex tunc*), la consecuencia sería que:

i/ cuando resultan de aplicación las reglas generales, la declaración de voluntad del supuesto representado (la ratificación) va a dar lugar, en nuestra opinión, a la creación de un vínculo obligatorio *ex novo* entre el supuesto representado y el tercero, con efectos desde el momento en el que tuvo lugar el acto del supuesto representante con el tercero;

ii/ mientras que cuando resultan de aplicación las reglas societarias, la declaración de voluntad del supuesto representado [la reprise (asunción)] lo que va a dar lugar es a que el supuesto representado (la sociedad) sustituya al supuesto representante (el actuante) *ab initio* (i.e. desde el momento en el que tuvo lugar el acto del supuesto representante con el tercero) en el vínculo obligatorio que ya tenía el supuesto representante (el actuante) con el tercero.

En otras palabras, en ambos casos hay una eficacia *ex tunc*, pero en un escenario (reglas generales) se crea retroactivamente un vínculo obligatorio *dónde no existía ninguno*, mientras que en el otro (reglas societarias) se produce una sustitución *ab initio* en un vínculo obligatorio *que ya existía*. De ahí que, en el primer caso, el supuesto representante nunca ha tenido un vínculo obligatorio con el tercero, mientras que en el segundo ha existido ese vínculo obligatorio entre el tercero y el supuesto representante (por más que se considere que, en el mismo momento en el que supuesto representante celebró el acto, fue sustituido por el supuesto representado).

Las anteriores observaciones son relevantes. Así, aunque el resultado final, desde un punto de vista práctico o fáctico, se parece mucho (en ambos casos se construye la ficción de que el supuesto representado ha estado vinculado con el tercero desde el momento en el que el supuesto representante realizó el acto), hay que tener

presente que (a) mientras que en el caso de la ratificación prevista en las reglas generales se crea, en nuestra opinión, una relación *ex novo*, en la que no juega ningún papel el supuesto representante, (b) en el caso de la reprise (asunción) prevista en las reglas societarias la ficción consiste en sustituir *ab initio* al supuesto representante en una relación jurídica que éste tenía con el tercero (en la que, por consiguiente el supuesto representante ya jugaba un papel), lo que no parece que sea igual (pensemos por ejemplo el caso de que haya concurrido un vicio del consentimiento en la actuación del supuesto representante –*vgr.*, haya habido error o intimidación–).

Por decirlo de otra forma, (a) mientras que en el caso de la ratificación, el supuesto representante siempre permanece al margen del vínculo jurídico entre el tercero y el supuesto representado, (b) en el caso de la reprise (asunción), es como si la relación entre el supuesto representante y el tercero se extinguiera, lo que tal vez no excluya que pudiera «renacer» en el caso de que la reprise (asunción) fuera anulada, por lo que no parece que quede del todo al margen; o dicho tal vez de forma más gráfica, en el caso de la ratificación es como si el supuesto representante nunca estuviera presente, mientras que en el caso de la reprise (asunción) es como si se quedara al margen.

f) El margen de libertad del tercero para evitar quedar vinculado con el supuesto representado.

El tercero, una vez que queda vinculado con el actuante (supuesto representante), no puede evitar que esta «reprise» (asunción) se produzca; en otras palabras, no tiene un margen de libertad, ni depende de su voluntad, para poder evitar quedar vinculado con la sociedad (supuesto representado).

En este punto se produce nuevamente una diferencia con el régimen general. Así, como ya vimos [*vid.*, *supra* II f)], cuando resultan de aplicación las reglas generales, el tercero que desconocía que el representante no tenía poder, podía desligarse de este «vínculo contractual viciado de nulidad» (como vimos, ésta es de *lege lata* la posición del legislador francés) invocando su nulidad (lo que a efectos valorativos equivale a una revocación de su consentimiento) antes de que el supuesto representado lleve a cabo esta ratificación (*vid.*, nuevo artículo 1156 *al.* 3 *Code Civil*). Por consiguiente, decíamos que, cuando resultan de aplicación las reglas generales, el tercero tiene un margen de libertad y puede evitar, con su sola voluntad, quedar vinculado con el supuesto representado.

Sin embargo, el tercero no goza de esta posibilidad en el caso de que resulten de aplicación las reglas societarias, ya que en las mismas, a diferencia de lo previsto en el artículo 1156 *al. 3 Code Civil*, no está previsto que el tercero disponga de un mecanismo equivalente a esa acción de invocación de la nulidad, que le permita desligarse del contrato.

#### IV. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA

En las paginas anteriores hemos tenido ocasión de exponer las reglas generales o comunes que en principio resultan de aplicación a los casos de actuación de un supuesto representante (*supra* sub II) y a continuación las reglas especiales que los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* prevén para el caso específico de actuación de una persona (supuesto representante) en nombre de una sociedad en formación (supuesto representado) (*supra* sub II).

En nuestra opinión, la conclusión que se deduce de esta comparación es que, aunque existan algunas similitudes entre ambas regulaciones o, para ser más exactos, las consecuencias a las que conduzcan cada una de ellas puedan ser similares en algunos casos, existen importantes diferencias entre las mismas, tanto con respecto a la existencia o no de un vínculo obligatorio válido entre el tercero y el supuesto representante, como sobre todo con respecto al mecanismo del que dispone el supuesto representado para poder hacer suyos los actos realizados por el supuesto representante, que son completamente distintos en el caso de las reglas generales (la ratificación, *cfr.*, artículo 1998 *al. 2 Code civil*), que en el de las reglas societarias [la reprise (asunción) *cfr.*, artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce*].

A la vista de las cuestiones planteadas en este trabajo la propuesta que tal vez se podría hacer, desde una perspectiva de Derecho comparado, es que debería reflexionarse sobre la conveniencia de reformar los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* para sustituir la expresión «au nom d'une société en formation», por la de «pour le compte de la société en formation» (que es la emplean los preceptos reglamentarios que los desarrollan, *vid.*, artículos R210-5, R210-6 *Code de commerce* y el artículo 6 Décret n.º 78-704 du 3 juillet 1978), o tal vez mejor por la de «en son nom propre mais pour le compte de la société en formation». De esta manera, lo que los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* pasarían a contemplar sería la

posibilidad de que la sociedad pudiera asumir los compromisos contraídos por cuenta de la sociedad en formación sin necesidad de que mediara el consentimiento del acreedor, asunción que se entendería producida desde el momento de contraerse el compromiso (i.e surtiría efectos *ex tunc*). Lógicamente, mientras no se produjera esa asunción, seguirían siendo responsables de estos actos las personas que los han realizado, puesto que los han realizado en su propio nombre.

Como resultado de este cambio las reglas de los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* dejarían de ser (a) *unas reglas especiales con respecto a las reglas generales para el caso de actuación de un supuesto representante* (dado que, al actuar esas personas en su propio nombre, ya no estaríamos en presencia de un *falsus procurator*), para pasar a ser (b) *unas reglas especiales en materia de cesión de deudas*, en virtud de las cuales, y a diferencia de las reglas generales (*vid.*, el nuevo artículo 1327 *al. 1 Code civil*), sería posible una asunción, sin necesidad de contar con el consentimiento del acreedor y que surtiera efectos *ex tunc*.

Una modificación de este tenor tendría, a nuestro parecer, indudables efectos positivos:

De un lado, haría desaparecer las distorsiones que los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* introducen con respecto a las reglas generales en materia de *falsus procurator*.

De otro, posibilitaría que las reglas de los artículos 1843 *Code civil* y L. 210-6 *al. 2 Code de commerce* tuvieran un mejor encaje en el ordenamiento jurídico como sistema, ya que, en nuestra opinión, desde un punto de vista sistemático (de los planteamientos del Derecho francés) lo que tiene sentido es pensar que las mismas introduzcan un supuesto especial de cesión de deuda y no de actuación de un supuesto representante. De esta forma sí que pasaría a ser perfectamente lógico (y dejaría, como vimos, de ser sorprendente desde un punto de vista de Derecho comparado), (i) tanto el hecho de que la relación entre el tercero y el actuante sea considerada como una relación válida<sup>50</sup> (pues el actuante ya no habría obrado sin poder en nombre de la sociedad en formación –i.e. como *falsus procurator*–, sino que lo habría hecho en nombre propio), (ii) como que el mecanismo que se prevea para que la sociedad

---

<sup>50</sup> Véanse en este sentido las consideraciones de Posez, 2015, num. 50, p. 114: «Plus encore, le représentant serait ainsi tenu dans l'hypothèse même où il aurait contracté par représentation parfaite, au nom de la personne morale en formation (275), alors que les principes gouvernant le mécanisme de la représentation parfaite suggèrent au contraire que le représentant soit en ce cas juridiquement transparent. C'est ainsi que, même stipulant au nom de la personne morale, le représentant est systématiquement réputé par le droit positif agir en son nom propre, par représentation imparfaite (276)».

pueda hacer suyos los actos realizados por el actuante, no sea una ratificación (que sería lo que procedería desde una perspectiva de Derecho comparado —o de las reglas generales— si el actuante fuera un *falsus procurator*), sino una reprise (pues ahora estaríamos en presencia de una relación contraída por el actuante en su propio nombre)<sup>51</sup>.

Estos efectos positivos se conseguirían, además, sin que cambiaran las consecuencias a las que conduce la aplicación de estos preceptos, puesto que, de un lado, no afectaría a las posibilidades de una reprise (éstas seguirían siendo las mismas, si bien el objeto de la reprise ya no sería «una obligación contraída «au nom d'une société en formation», sino una obligación contraída por el actuante en nombre propio pero por cuenta de la sociedad) y, de otro, el actuante seguiría siendo responsable (si bien esta vez de una obligación contrariada, no en nombre de la sociedad en formación, sino en nombre propio) frente a los terceros en caso de que la reprise no se produjera.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARBIERI, Jean-François: «Représentation d'une société en formation: le piège des termes employés» Note sous Cour de cassation, com., 18 novembre 2020, n.º 18-23.239 (F-D), SCI SCPF c/ M. R. *et al.*, *Revue des sociétés*, 2021, pp. 505-507.
- BÉNABENT, Alain: *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, 2021.
- BÉNABENT, Alain: *Droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux, 2018.
- BLATH, Simon: §11 GmbHG, *Michalski GmbHG*, München, 2017.
- BONNARD, Jérôme: «Le cautionnement des engagements souscrits pour le compte d'une société en formation», *Revue des sociétés*, 1992, 2, pp. 255-289.
- CHAMPAUD, Claude: observ. Cass. civ. (Ch. Comm) 11 jun. 1981, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1981, pp. 757-798.
- CHANTEPIE, Gaël y LATINA, Mathias: *La réforme du droit des obligations*, Paris, 2016.
- COLLART-DUTILLEUL, François y DELEBECQUE, Philippe: *Contrats civils et commerciaux*, Paris, 2019.
- COZIAN, Maurice, VIANDIER, Alain y DEBOISSY, Florence: *Droit des sociétés*, Paris, 2019.
- DAUBLON, Georges: «Validité des actes et contrats réalisés par les sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce», *Répertoire Defrénois*, 1977, art. 31393, pp. 657-681.

<sup>51</sup> Véase en esta línea Posez, 2015, num. 48, p. 111 el cual señala «Le domaine de la reprise ne vaut en réalité, et en raison, qu'au cas où l'offre aurait été émise sans pouvoir pour le compte de la personne morale, dans l'hypothèse donc où l'assemblée de ses membres n'en aurait conféré aucun».



- DIDIER, Paul: «L'article 1843 du code civil ou de la difficulté d'être européen», *Mélanges offerts à Pierre Drat. Le juge entre deux millénaires*, Paris, 2000, pp. 549-554.
- DONDERO, Bruno: «Société "en course d'enregistrement" n'est pas "en formation"...», *Gazette du Palais*, 6 mai 2014, pp. 16-17.  
— *Droit des sociétés*, Paris, 2019.
- DONDERO, Bruno y LE CANNU, Paul: *Droit des sociétés*, Paris, 2019.
- FASTRICH, Lorenz: §11 GmbHG, *Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz*, München, 2019.
- FRANÇOIS, Jérôme: «L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat», *Recueil Dalloz*, 2018, pp. 1215-1222.
- GAUTIER, Pierre-Yves: «La théorie du mandat apparent inversée: le supposé mandataire peut l'opposer au tiers, sans qualité pour invoquer la nullité de l'acte», *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 138.
- GERMAIN, Michel y MAGNIER, Véronique: *Les sociétés commerciales*, Issy-les-Moulineaux, 2017.
- GIBIRILA, Deen: «Art. 1832 à 1844-17 – Fasc. 20: Société–. Dispositions générales. – Immatriculation de la société», *JurisClasser Civil Code*, 2020-2021, núm. 1-67, pp. 1-49.
- GILSON-MAES, Anne: *Mandat et responsabilité civile*, Thèse, 2013.
- GOUGEON, Audrey: *L'intervention du tiers à la formation du contrat*, Thèse, 2016.
- KENFACK, Hugues y RINGLER, Solène: *Droit des contrats spéciaux*, Issy-les-Moulineaux, 2017.
- LASSERRE, Valérie: «La cession de dette consacrée par le code civil à la lumière du droit allemand», *Recueil Dalloz*, 2016, pp. 1578-1587.
- LE CANNU, Paul: «Note Cass. com. 22 juill. 1986, François c/ SARL Restaurants français», *Bulletin Joly Sociétés*, 1986, 9, p. 867 ss.  
— «Note – Les actes permettant d'assurer la reprise des engagements souscrits au nom d'une société en formation (Cassation 21 juillet 1987)», *Revue des sociétés*, 1987, pp. 592-597.
- LEHMANN, Matthias: «La reprise de dette: une perspective allemande», en Schulze, Reiner et al., *La réforme du droit des obligations en France*, Paris, 2015, pp. 223-231.
- LIENHARD, Alain: «Société en formation: validité du mandat de ratification postérieur», *Dalloz actualité*, 10 juillet 2008.
- MALAURIE, Philippe, AYNÉS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *Droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux, 2018.
- MALAURIE, Philippe, AYNÉS, Laurent y GAUTIER, Pierre-Yves: *Les contrats spéciaux*, Paris La Défense, 2020.
- MASSART, Thibaut: «La société, partie à un contrat de cession», en MASSART, Thibaut et al., *Réforme du droit des contrats - Le droit des sociétés et la réforme du droit des contrats*, Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire n.º 147, Mai 2016, dossier 3.
- MERCADAL, Barthélémy: *Réforme du droit des contrats*, Levallois, 2016.
- MERLE, Philippe: *Sociétés commerciales*, Paris, 2013.  
— *Sociétés commerciales*, Paris, 2021.
- MOLIERE, Aurélien: «Les sanctions en matière de représentation: point trop n'en faut!», *Recueil Dalloz*, 2017, pp. 1547-1550.
- POSEZ, Alexis: *L'inexistence du contrat*, Thèse, 2015.

- RAVEL D'ESCLAPON, Thibault: «Substitution ou reprise ? Le transfert d'un acte a la charge d'une société récemment constituée», *Revue des Sociétés*, 2019, pp. 106-110.
- RAYNARD, Jacques y SEUBE, Jean-Baptiste: *Droit civil. Contrats Spéciaux*, Paris, 2015.
- SÁEZ LACAWE, María Isabel: *La sociedad mercantil en formación*, Madrid, 2001.
- «Art. 38», en ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Cizur Menor, 2011.
- SAINTOURENS, Bernard: «Inexistence et nullité de cession des droits sociaux: importantes clarifications de la Cour de cassation», Note sous Cour de cassation (3 civ.) 6 octobre 2004, *Revue des sociétés*, 2005, pp. 152-158.
- «L'acte accompli pour une société en formation: le royaume des incertitudes», en *Mélanges Hauser*, Paris, 2012.
- SCHÄFER, Carsten: § 179 BGB, *BeckOK BGB*, München, 2021.
- SCHMIDT, Karsten: §11 GmbHG, *Scholz GmbH Gesetz*, Band I, Köln, 2018.
- SCHUBERT, Claudia: §177 BGB, *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 2018.
- STORCK, Michel: *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, 1982.
- SINAY, Robert: «Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et des leurs modifications statutaires», *Revue des sociétés*, 1966, pp. 246-288.
- TERRE, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves y CHÉNÉDÉ, François: *Droit civil. Les obligations*, Paris, 2018.
- TISSEYRE, Sandrine: «Actes conclus pour une société en formation: de l'effet de la clause de substitution», *Recueil Dalloz*, 2020, pp. 1023-1026.
- ULMER, Peter, HABERSACK, Mathias: §11 GmbHG, *GmbHG Großkommentar*, Tübingen, 2019.
- ULMER, Peter y LOBBE, Matthias: §2 GmbHG, *GmbHG Großkommentar*, Tübingen, 2019.
- VELA TORRES, Pedro: «Artículo 38: Responsabilidad de la sociedad inscrita», en GARCÍA-CRUCES, José Antonio y SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Valencia, 2021.
- WICKER, Guillaume: «Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil», *Recueil Dalloz*, 2016, pp 1942-1950.