

LECCIÓN 6: FUNDACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

SUMARIO:

- 6.1. Procedimiento. Escritura y estatutos
 - a) Escritura de constitución
 - b) Estatutos sociales
 - c) Inscripción registral
 - d) Constitución telemática de sociedades de capital
- 6.2.- Sociedad en formación y sociedad devenida irregular
 - a) Sociedad en formación
 - b) Sociedad devenida irregular
- 6.3. La sociedad nula
 - a) Causas de nulidad
 - b) Efectos de la declaración de la nulidad

6.1.- Procedimiento: escritura y estatutos

Los requisitos formales para la constitución de una sociedad de capital, al igual que el resto de sociedades mercantiles, son el otorgamiento de la escritura pública de constitución y su posterior inscripción en el Registro mercantil (art. 119 Cco y 20 LSC).

Debe advertirse que hasta la inscripción en el Registro mercantil las sociedades de capital no adquieren la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido (art. 33 LSC).

Pueden distinguirse dos procedimientos de fundación:

- **Procedimiento de fundación simultánea de la SL o SA.** La fundación se produce en un sólo acto por acuerdo entre los fundadores que se recoge en la escritura social de constitución de la sociedad.
- **Procedimiento de fundación sucesiva de la SA:** este procedimiento, por su complejidad, no suele utilizarse en la práctica. Se aplica en las SA cuando, con anterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución, tenga lugar una promoción pública para la suscripción de las acciones por cualquier medio de publicidad o con la actuación de intermediarios financieros (arts. 19.2 y 41-55 LSC).
- **Procedimiento de fundación sucesiva de la SL:** este procedimiento es el utilizado para constituir SL con un capital social inferior a 3000€ (art. 4 bis LSC). El procedimiento se caracteriza por someter a la sociedad al cumplimiento de una serie de condiciones mientras su capital social se encuentre por debajo del mínimo legal:

- Este tipo de SL deben destinar a la reserva legal una cifra al menos igual al 20% del beneficio del ejercicio económico sin límite de cuantía.
- Solo podrán repartir dividendos, una vez atendidas las exigencias legales y estatutarias, si el valor del patrimonio neto no es, o a consecuencia del reparto, inferior al 60% del capital legal mínimo.
- La suma anual de las retribuciones satisfechas a los socios y administradores no podrá exceder del 20% del patrimonio neto del correspondiente ejercicio.
- No es necesario acreditar la realidad de las aportaciones dinerarias, siendo los fundadores y los futuros adquirentes de participaciones los que responderán solidariamente frente a la sociedad y los acreedores sociales de dicha realidad.
- En caso de liquidación o disolución de la sociedad, los socios y administradores deben responder solidariamente del desembolso de la cifra de capital mínimo restante en caso de que el patrimonio de la sociedad fuera insuficiente para atender al pago de sus obligaciones.

a) Escritura de constitución

La escritura es el documento notarial que contiene, con carácter general, el contrato de fundación de la sociedad. En el caso de SA o SRL unipersonal la escritura recoge la declaración unilateral del socio único de constituir la sociedad (art. 19.1 LSC).

La escritura deberá ser otorgada por todos los socios fundadores, sean personas físicas o jurídicas, por sí o por medio de representante, quienes habrán de asumir la totalidad de las participaciones sociales o suscribir la totalidad de las acciones (art. 21 LSC).

En la escritura de constitución de cualquier sociedad de capital se incluirán, al menos, las siguientes menciones (art. 22 LSC):

1. La identidad del socio o socios.
2. La voluntad de constituir una sociedad de capital, con elección de un tipo social determinado.
3. Las aportaciones que cada socio realice o, en el caso de las anónimas, se haya obligado a realizar, y la numeración de las participaciones o de las acciones atribuidas a cambio.
4. Los estatutos de la sociedad.
5. La identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación de la sociedad.

6. El modo concreto en que inicialmente se organizará la administración, si los estatutos prevén diferentes alternativas, si se trata de una SRL
7. La cuantía total, al menos aproximada, de los gastos de constitución, tanto de los ya satisfechos como de los meramente previstos hasta la inscripción, si se trata de una SA.

b) Estatutos sociales

Los estatutos sociales son las normas contractuales de organización de la sociedad cuyo contenido puede modificarse por mayoría.

Las menciones mínimas que deben hacerse constar en los estatutos son (art. 23 LSC):

1. La denominación de la sociedad.

Tiene que incluirse necesariamente en la denominación, según el tipo social de que se trate “sociedad anónima”, “sociedad de responsabilidad limitada”, “sociedad limitada”, sociedad comanditaria por acciones o sus abreviaturas al final de la denominación “SA”, “SRL”, “SL” o “S. Com. p. A.” (arts. 116, 177 y 403 RRM).

Previamente será necesario haber obtenido la certificación negativa de denominación social del Registro mercantil central (la denominación social es única). Se admite en las SA y SRL cualquier denominación subjetiva o razón social o una objetiva, de fantasía o mixta siempre y cuando no sea contraria a la ley, a las buenas costumbres y no induzca a confusión (art. 400 RRM).

2. El objeto social, determinando las actividades que lo integran.

3. El domicilio social que habrá de radicar en el lugar del territorio español en que se prevea establecer el centro de la efectiva administración y dirección de la sociedad o su principal establecimiento o explotación.

El órgano de administración será competente, salvo disposición contraria en los estatutos, para decidir la creación, supresión o traslado de sucursales (arts. 120 y 182 RRM).

4. El capital social, las participaciones o las acciones en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa.

Si se trata de una SRL se expresará el número de participaciones en que se divida el capital social, su valor nominal, su numeración correlativa y, si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o la extensión de éstos.

Si se trata de una SA se expresará las clases de acciones y las series, en caso de que existieran; la parte del valor nominal pendiente de desembolso, así

como la forma y el plazo máximo en que satisfacerlo; y si las acciones están representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En caso de que se representen por medio de títulos, deberá indicarse si son las acciones nominativas o al portador.

En el caso de SL en régimen de fundación sucesiva, en tanto la cifra de capital social sea inferior al mínimo legal, los estatutos incluirán una expresa declaración de sujeción de la sociedad a dicho régimen. El Registro Mercantil hará constar de oficio esta circunstancia en cualquier documento inscribible relativo a la sociedad así como en las notas y certificaciones que emita.

5. El modo o modos de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren.

6. En las sociedades comanditarias por acciones se expresará, además, la identidad de los socios colectivos.

7. El modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad.

8. Si existieran también se deberán hacer constar las menciones relativas a las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones o de las participaciones; las **prestaciones accesorias** y las posibles ventajas que se reserven promotores y fundadores de la sociedad.

9. La duración de la sociedad. A falta de disposición estatutaria en contrario, será por tiempo indefinido.

10. La fecha de cierre del ejercicio social. A falta de disposición estatutaria en contrario, se entenderá que el ejercicio social termina el 31 de diciembre de cada año.

11. Fecha en que darán comienzo sus actuaciones, no pudiéndose indicar una fecha anterior al día de otorgamiento de la escritura de constitución. Salvo disposición estatutaria en contrario, las operaciones sociales darán comienzo en la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución.

Además, se podrán incluir en la escritura y en los estatutos todos los pactos y condiciones que los socios juzguen convenientes siempre y cuando no se opongan a las Leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo de sociedad de que se trate.

c) Inscripción registral

La sociedad de capital adquirirá "su" personalidad jurídica con la inscripción de la escritura en el Registro mercantil (art. 33 LSC). Tras la inscripción, el

registrador mercantil la remitirá, de forma telemática y sin coste alguno, al BORM para su publicación (arts. 35 LSC y 387 RRM).

En todo caso, hasta que se efectúa la inscripción, no podrán entregarse o transmitirse las participaciones o acciones (art. 34 LSC).

Hay que destacar que, en los últimos años, se está potenciando la constitución telemática de SRL y de SLNE al objeto de agilizar y simplificar sus trámites de creación. A tal efecto, se está recurriendo al CIRCE (Centro de Información y Red de Creación de Empresas) y a los PAE (Punto de Atención a los Emprendedores). Los trámites administrativos de constitución de estas sociedades se realizan a través del DUE (Documento Único Electrónico). No obstante, resultan criticables los constantes cambios legislativos sufridos en esta sede que conducen a cierta inseguridad jurídica para los operadores económicos generando, precisamente, lo contrario de lo pretendido.

6.2.- Sociedad en formación y sociedad devenida irregular

a) Sociedad en formación

Desde el otorgamiento de la escritura de constitución hasta su inscripción en el Registro mercantil, momento en el que la sociedad adquiere la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido (SA, SRL o S. Com. p.A), transcurre un determinado periodo de tiempo. Durante este período aún no estamos en presencia de una SA, SRL o S. Com. p.A sino ante la denominada "sociedad en formación" que se considera por el legislador como normal y transitoria.

En la práctica, la sociedad comienza a desplegar determinada actividad, bien la suya propia porque así se hubiera previsto en los estatutos ("sus operaciones comenzarán desde el día siguiente a la firma de la escritura"), bien la necesaria para su normal funcionamiento (por ej. pago asesores, alquiler local etc). Sin embargo, como no es posible aplicar a estos actos las normas de la SA, SL o S. Com. p.A porque aún no existen como tales, el legislador establece un régimen jurídico para el supuesto de sociedad en formación en los artículos 36, 37 y 38 LSC.

La finalidad principal de estas normas es establecer quién y cómo debe responder de los actos y contratos celebrados por la sociedad en formación.

Regla general: responsabilidad de quienes hubiesen actuado. Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado salvo que su eficacia haya quedado condicionada a la inscripción y posterior asunción de los mismos por la sociedad. Tal responsabilidad cesará cuando, una vez inscrita la sociedad, ésta asuma dichos actos y contratos dentro del plazo de tres meses desde su inscripción.

Excepciones: responsabilidad de la sociedad en formación. La regla general se exceptiona en 3 supuestos en los que responderá la sociedad en formación con el patrimonio que tuviere (los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar). Las excepciones son:

- Actos indispensables para la inscripción de la sociedad.
- Actos realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiera la escritura para la fase anterior a la inscripción. Salvo que la escritura o los estatutos sociales dispongan otra cosa, si la fecha de comienzo de las operaciones coincide con el otorgamiento de la escritura fundacional, se entenderá que los administradores están facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos.
- Los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios.

Responsabilidad de la sociedad inscrita. Tras la inscripción, la sociedad quedará obligada por estos 3 grupos de actos, así como por los que acepte dentro del plazo de tres meses, cesando la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes.

En el caso de que el valor del patrimonio social, sumado al importe de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad, fuese inferior a la cifra del capital, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia.

b) Sociedad devenida irregular (arts. 39-40 LSC).

El paso de sociedad en formación a sociedad devenida irregular se produce cuando se verifique la voluntad de no inscribir la sociedad o, en cualquier caso, cuando haya transcurrido 1 año desde el otorgamiento de la escritura sin que se hubiera solicitado la inscripción. Esta situación se considera por el legislador como anormal y no deseable. Si aún así la sociedad hubiera iniciado o continuado sus operaciones, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil.

Aún en el caso de que la sociedad devenida irregular se inscribiera posteriormente, no cesará la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes.

En caso de sociedad devenida irregular, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del lugar del domicilio social y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la cuota que le corresponda. Esta cuota será satisfecha, si es posible, con la restitución de sus aportaciones.

6.3.- La sociedad nula

a) Causas de nulidad

La sociedad nula o de hecho es aquella cuyo contrato constitutivo está afecto de algún vicio de naturaleza sustantiva no convalidado.

Las causas de nulidad de la sociedad se enumeran de forma taxativa para todas las sociedades de capital en el art. 56 LSC. Así, tras la inscripción de la sociedad, la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por las siguientes causas:

1. Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal.
2. Por la incapacidad de todos los socios fundadores.
3. Por no expresarse en la escritura de constitución las aportaciones de los socios.
4. Por no expresarse en los estatutos la denominación de la sociedad.
5. Por no expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público.
6. Por no expresarse en los estatutos la cifra del capital social.
7. Por no haberse desembolsado íntegramente el capital social en las SRL o no haberse realizado el desembolso mínimo legalmente exigido en las SA.

Fuera de estos casos, no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad de la sociedad ni tampoco declararse su anulación.

b) Efectos de la declaración de nulidad

Las normas generales sobre nulidad contractual son ineficaces para la nulidad de los contratos de sociedad porque parten de que la nulidad tiene efectos retroactivos. Este efecto produciría resultados injustos afectando a los derechos adquiridos por terceros de buena fe y generando inseguridad jurídica porque, debe recordarse, que del contrato de sociedad ha nacido una persona jurídica que se ha relacionado con terceros en nombre propio, ha contraído obligaciones y ha adquirido derechos.

La sentencia que declara la nulidad de una sociedad produce unos efectos muy similares a los de la declaración de disolución de la sociedad. Así, se abre su liquidación por el procedimiento previsto por la LSC para la disolución. Por tanto, conserva mientras se realiza la liquidación su personalidad jurídica.

La nulidad desarrolla sus *efectos ex nunc*, de modo que los actos y contratos celebrados por la sociedad con los terceros de buena fe antes de la fecha de la declaración de nulidad se consideran válidos y eficaces.

Por último, señalar que en las SRL, cuando la sociedad sea declarada nula por no haberse desembolsado íntegramente el capital social, los socios estarán obligados a desembolsar la parte que hubiera quedado pendiente. En las SA, cuando el pago a terceros de las obligaciones contraídas por la sociedad declarada nula así lo exija, los socios estarán obligados a desembolsar la parte que hubiera quedado pendiente (art. 57 LSC).

BIBLIOGRAFÍA LECCIÓN 6

ANDREU MARTÍ, M.M./MARTÍ MOYA, V. (coord. FERRANDO VILLALBA, L.), *Derecho de sociedades*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 147-212.

BROSETA PONT, M. / MARTÍNEZ SANZ, F. *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, última edición, vol. I, capítulos 12 y 20.

SÁNCHEZ CALERO, F./ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, última edición, capítulos XIX y XXVII.