

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

Al igual que para el resto de sociedades mercantiles, los requisitos formales para la constitución de una sociedad de capital son:

- Otorgamiento de 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 corresponde al tipo social elegido (art. 33 LSC).

Pueden distinguirse los siguientes 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).

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 SA, 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 su cuantía o extensión.

Si se trata de una SA se expresarán 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 las acciones son nominativas o al portador.

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. Cuando existieran también se deberán hacer constar 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). Por este motivo, se dice que la inscripción registral es constitutiva en las sociedades de capital.

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).

En los últimos años, se está potenciando la constitución telemática de SRL al objeto de agilizar y simplificar sus trámites de creación. A tal efecto, se utilizan el CIRCE (Centro de Información y Red de Creación de Empresas) y los PAE (Punto de Atención a los Emprendedores). Los trámites administrativos de constitución digital se realizan cumplimentando el DUE (Documento Único Electrónico).

Resulta destacable que la Ley 11/2023, de 8 de mayo, modifica la LSC para permitir en nuestro país, por imperativo comunitario, la constitución de SRL íntegramente en línea, es decir, sin necesidad, como hasta esa fecha, de comparecencia presencial, bien por sí mismos o de sus representantes, de los fundadores de la sociedad. Hay que advertir que esta modalidad no es posible si se realizan aportaciones no dinerarias al capital social (nuevos arts. 20 bis, 22bis y 40 bis a quinquies LSC).

6.2.- Sociedad en formación y sociedad devenida irregular

a) Sociedad en formación (arts 36-38 LSC)

Desde el otorgamiento de la escritura de constitución hasta su inscripción en el Registro mercantil, momento en el que la sociedad adquiere su personalidad jurídica como 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, esta 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 excepciona 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.

La responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes no cesa aunque la sociedad devenida irregular se inscriba posteriormente.

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. Se trata de una sociedad que se escrituró, se inscribió en el Registro mercantil y ha estado funcionando en el mercado pero que adolece de un vicio de los señalados en la Ley.

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 o del socio fundador en el caso 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 este 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, su personalidad jurídica se conserva mientras se realiza la liquidación.

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

AAVV, *Manual de Derecho Mercantil para Administración y Dirección de Empresas (ADE) y titulaciones afines* (dir. Farias Batlle, M.; coord. Alfonso Sánchez, R./Andreu Martí, M.M./Boldó Roda, C.), ed. Atelier, 2023, Barcelona.