**Tema 10 LA CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: REGLAS GENERALES. CONSTITUCIÓN SIMULTÁNEA Y SUCESIVA. LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN. REFERENCIA A LAS ESPECIALIDADES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILI­DAD LIMITADA. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL. LA SOCIEDAD EN FOR­MACIÓN Y LA SOCIEDAD IRREGULAR. LA NULIDAD DE LA SOCIEDAD**

**LA CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: REGLAS GENERALES**

Art 19 LSC Las sociedades de capital se constituyen **por contrato** entre dos o más personas o, en caso de sociedades unipersonales, **por acto unilateral.**

Las sociedades anónimas podrán constituirse también en forma sucesiva **por suscripción pública** de acciones.

Distinguimos ELEMENTOS personales, reales y formales y temporales.

**℘ Personales** Una (acto unilateral) o varias personas (contrato o suscripción pública). Basta capacidad general para contratar y disponer del objeto de la aportación.

**℘ Reales**

**· Capital:** Debe estar íntegramente suscrito y dividido en partes alícuotas, indivisibles y acumulables (90 LSC)

La Ley admite la posibilidad de acciones/participaciones privilegiadas (art. 94 LSC, REMISION).

· **Objeto social** lícito. Cualquiera que sea, la sociedad será mercantil (2).

**℘ Formales**. Escritura pública e inscripción

**℘ Elemento temporal**. Arts 24 y 25. Salvo disposición estatutaria en contra:

Las operaciones sociales darán comienzo en la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución

La sociedad tendrá duración indefinida

**CONSTITUCIÓN SIMULTÁNEA Y SUCESIVA**

Existen dos procedimientos fundacionales:

. Fundación simultánea (por convenio), aplicable a todas las SC

. Fundación sucesiva (mediante promoción pública de la suscripción de las acciones, por cualquier medio de publicidad o intermediarios financieros), sólo previsto para las SA (con nula utilización práctica).

SIMULTÁNEA

Los fundadores responden solidariamente frente a sociedad, socios y terceros en los términos del art. 30.

31 Fundadores y administradores tienen

Facultades para solicitar o practicar la liquidación y pago de los impuestos y gastos correspondientes.

La obligación de presentar la escritura de constitución a inscripción en el RM en dos meses desde la fecha del otorgamiento (responden solidariamente de daños y perjuicios)

SUCESIVA (de la SA) Procedimiento (art 41 y ss)

. Redacción, depósito y publicidad del programa de fundación. El programa de fundación redactado por los promotores, junto con un informe técnico de la viabilidad y un folleto informativo, se depositarán en la Comisión Nacional del Mercado de Valores y en el RM, para su publicación en el BORME.

. Suscripción de acciones. El público que desee aceptar la oferta, suscribirá, en el plazo fijado o el de la prórroga, un “**boletín de suscripción**”, por el número de acciones que quiera, desembolsando al menos el 25% del valor de cada una.

En un mes desde la finalización del plazo de suscripción **se formalizará ante Notario la lista definitiva** de suscriptores.

Las aportaciones serán indisponibles hasta la inscripción, salvo para gastos de Notaría, Registro y fiscales.

. Convocatoria y celebración de la Junta constituyente.

Convocatoria por los promotores por carta certificada (con 15 días de antelación) y anuncio en el BORME, en el plazo máximo de 6 MESES desde el depósito del programa de fundación en el RM.

QUORUM: suscriptores que representen la mitad del capital suscrito.

Los acuerdos se tomarán por la MAYORÍA de ¼ parte de los suscriptores que representen ¼ parte del capital suscrito (para modificar el programa de fundación, unanimidad).

. Otorgamiento e inscripción de la EP de constitución. En el mes siguiente a la celebración de la Junta, se otorgará la escritura de constitución, a inscribir en los 2 meses siguientes.

**LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN**

386

**21** Debe 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**.

**22** Incluirán, al menos, las siguientes menciones:

. La identidad del socio o socios (38 RRM)

(PF) Nombre, apellidos, estado civil, mayoría de edad (fecha de nacimiento si se trata de menores de edad), nacionalidad, domicilio y DNI

(PJ) Razón social, datos registrales, nacionalidad, domicilio y CIF

. La voluntad de constituir una SC, con elección del tipo.

. 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.

En la SA el capital debe estar íntegramente suscrito y desembolsado (el valor nominal de cada una de sus acciones) al menos en un 25% (79 LSC).

La SRL requiere *íntegro* desembolso ab initio (78 LSC)

. Los estatutos.

. La identidad de los administradores.

Además deben constar en la escritura:

+ La certificación negativa de la Sección de Denominaciones del RMC

+ Acreditación de la realidad de las aportaciones.

+ La identidad de los auditores de cuentas, si la sociedad viene obligada a auditarlas (arts 114 y 175 RRM).

**28** En la escritura y en los estatutos se podrán incluir además los pactos y condiciones que los socios fundadores deseen, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido.

Normalmente estos pactos se hacen constar en los estatutos, porque la modificación de las menciones contractuales exige unanimidad (las estatutarias, sólo mayoría).

**REFERENCIA A LAS ESPECIALIDADES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA**

27 (**VENTAJAS “BONOS DE FUNDADOR”**) En los estatutos de una SA sus promotores y fundadores podrán reservarse derechos especiales de contenido económico por valor no superior al 10% de los beneficios netos (una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal) y un periodo máximo de 10 años (art 27).

22 in fine Si la sociedad fuera anónima, la escritura de constitución expresará la cuantía total aproximada de los **GASTOS DE CONSTITUCIÓN**.

79 Las acciones en que se divida el capital de la sociedad anónima (que no podrá ser inferior a 60.000 euros, art 4) deberán estar íntegramente suscritas por los socios, y **desembolsado, al menos, en una cuarta parte el valor nominal de cada una** de ellas en el momento de otorgar la escritura de constitución de la sociedad.

La escritura deberá expresar si los futuros desembolsos se efectuarán en metálico o en aportaciones no dinerarias (expresando en este último caso su *naturaleza, valor y contenido, la forma y el procedimiento de efectuarlas*, con mención expresa del **plazo** de su desembolso, que no podrá exceder de 5 años)

**Y DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILI­DAD LIMITADA**

**EN GENERAL**

A partir de reforma operada en 2011 se admite que también en los estatutos de una SA (no solo de una SL, como antes), puedan establecerse dos o más sistemas de administración (art. 23.e LSC), debiendo entonces la escritura de constitución determinar el modo concreto en que inicialmente se organice la administración, si los estatutos prevén diferentes alternativas (art 22 LSC, pese a su dicción literal) .

**SOCIEDAD LIMITADA DE FORMACIÓN SUCESIVA**

La Ley de 27 de septiembre de 2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, ha introducido este supuesto (nuevo art. 4 bis LSC):

+ No es un supuesto de constitución sucesiva sino simultánea. Lo único que sucesivamente se forma es su capital (hasta alcanzar la cifra mínima 3.000 euros), quedando entretanto la sociedad sometida a un régimen especial (destino a reserva legal de beneficios, reparto de dividendos, retribuciones a socios y administradores), destacando:

. No será necesario acreditar la realidad de las aportaciones dinerarias de los socios en la constitución de sociedades de responsabilidad limitada de formación sucesiva

. En caso de liquidación, voluntaria o forzosa, responsabilidad solidaria de socios y administradores del desembolso de la cifra de capital mínimo establecida en la Ley.

La Ley no fija un capital mínimo para constituir inicialmente esta sociedad (¿un euro?) ni cuánto tiempo puede durar su vida de la misma sin alcanzar los 3.000 €

**CONSTITUCIÓN TELEMÁTICA**

Las SL pueden ser presenciales o telemáticas. Estas últimas son: la SLNE (una especialidad de la sociedad de responsabilidad limitada), regulada por el Título XII LSC (434 y ss LSC), la SL de Formación Sucesiva y la SL ordinaria (CON y SIN estatutos tipo):

\* La D Adic 3ª del TR LSC previó la utilización de un Documento Único Electrónico (DUE) para –entre otros- la constitución de SL. Acto seguido el RD-Ley 13/2010 dispuso la posibilidad de constitución telemática de las SL, con exención de pago de tasas y reducción arancelaria (notarial y registral).

\* Los artículos [15](https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-10074&p=20150729&tn=1#civ) y [16](https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-10074&tn=1&p=20150729&vd=#a16) de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, aparte otras medidas (Emprendedor de Responsabilidad Limitada -7 ss-, Sociedad Limitada de Formación Sucesiva –art. 4 bis TR LSC -, regulación de los PAEs y CIRCE -Puntos de Atención al Emprendedor, presenciales o electrónicos, que utilizan el sistema de tramitación telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresa –CIRCE-, cuya sede electrónica se ubica en el Ministerio de Industria, Energía y Turismo), contemplan el empleo de un **modelo de escritura pública estandarizado** –**CON** campos codificados-:

- En la constitución de SLs mediante **estatutos tipo** (art. 15). Dichos estatutos-tipo fueron publicados por RD 421/2015

- También -opcional- en la constitución de SLs **SIN estatutos tipo**.

Pudiendo los interesados optar entre 3 tramitaciones:

Electrónica del Estado (DUE+CIRCE)

Electrónica por el sistema notarial-registral

No telemática (en papel).

**LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL (**en registros sigue **“SU VALOR”)**

**20 LSC La constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil.**

A diferencia del régimen de los arts 51, 116, 117 y 119 Cco, el verbo utilizado (exigir) y su tiempo imperativo (exigirá) utilizados en el art. 20 LSC llevan a pensar a doctrina y jurisprudencia que **para las SC** la escritura si es requisito de validez.

Se plantea la relación de la inscripción con la adquisición de personalidad jurídica. Existen dos posturas:

+ La inscripción es determinante de la personalidad jurídica.

+ La inscripción determina la adquisición de una forma específica de personalidad (de “su” personalidad, definida por los rasgos típicos de la forma societaria adoptada). Esta segunda postura (que admite distintos grados de personalidad, provisional -sociedad en formación-, básica -sociedad irregular- y plena -la del tipo social elegido por las partes-) ha sido la predominante, particularmente en las sociedades de capital:

. En la doctrina

. La STS 17 de enero 2001 admite que la sociedad en formación e irregular suponen cierta “personificación” antes de la inscripción, no sólo ad intra (entre socios) sino ad extra (vg ADMITE TERCERIA DOMINIO)

**.** La Ley, art 33 LSC (Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda *al tipo social elegido*)

Finalmente destacar:

. (art 34) **Hasta la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, no podrán entregarse o transmitirse las acciones.**

. (art 35) Una vez inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, el registrador mercantil remitirá para su publicación, de forma telemática y sin coste adicional alguno, al BORME, los datos relativos a la escritura de constitución que reglamentariamente se determinen.

. (arts 114 y 175 RRM) CONTENIDO VOLUNTARIO. Podrán constar en las inscripciones las siguientes cláusulas estatutarias:

. Las cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 RD 171/2007

. El establecimiento por pacto unánime entre los socios de criterios y sistemas para la determinación previa del valor razonable de las acciones/participaciones previstos para el caso de transmisiones inter vivos o mortis causa (y 188.3 RRM).

. Arbitraje societario de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos.

. El pacto que establezca la obligación de venta conjunta por los socios de las partes sociales de sociedades vinculadas entre sí (por poseer unidad de decisión y estar obligadas a consolidación contable).

. La existencia de comités consultivos (arts 124 y 185 RRM).

**LA SOCIEDAD EN FOR­MACIÓN Y LA SOCIEDAD IRREGULAR**

La sociedad irregular en sentido amplio comprende las siguientes figuras:

- **Sociedades internas o secretas** (carecen incluso de publicidad de hecho).

**- Sociedades en formación**: Todavía no han cumplido los requisitos para la adquisición de “su” personalidad, pero están en trámite de adquirirla existiendo voluntad para ello.

- **Sociedades irregulares en sentido estricto** son aquellas que actuando en el tráfico como tales sociedades mercantiles, no han cumplido por voluntad de los socios alguno de los requisitos para la adquisición de su personalidad jurídica.

En relación con estas dos últimas:

- **A las sociedades colectivas y comanditarias: 120 Cco**

- A las de capital, arts 36 y ss LSC

**SOCIEDAD EN FORMACIÓN**

Artículo 36. **Responsabilidad de quienes hubiesen actuado.**

Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubiesen celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad.

Artículo 37. **Responsabilidad de la sociedad en formación.**

Por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, responderá la sociedad en formación con el patrimonio que tuviere.

Los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar.

La RDGRN 22-ABRIL-2000 niegan que pueda inscribirse a nombre de la sociedad en formación bienes inmuebles en base al art. 383 RH (que exige previa inscripción en el RM), pero permite la inscripción a favor de los socios por cuotas (haciendo constar posteriormente por nota marginal la inscripción de la sociedad).

Artículo 38. **Responsabilidad de la sociedad inscrita.**

Una vez inscrita, la sociedad quedará obligada por aquellos actos y contratos a que se refiere el artículo anterior así como por los que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción.

En ambos supuestos cesará la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes a que se refieren los dos artículos anteriores.

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.

**SOCIEDAD IRREGULAR**

ART 39. Una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, **se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil** si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones.

En caso de posterior inscripción de la sociedad no será de aplicación lo establecido en el apartado segundo del artículo anterior.

Artículo 40. 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 correspondiente, que se satisfará, siempre que sea posible, con la restitución de sus aportaciones.

Se discute si tal aplicación es total (a relaciones externas –responsabilidad y representación- e internas) o parcial (sólo a las relaciones externas):

- En caso de muerte de uno de los socios, solo si se aplica la LSC continuará la sociedad con los herederos (aplicándose el régimen de la colectiva, la sociedad se disuelve).

- La transmisión de la parte del socio, aplicándose el régimen de la colectiva, requiere el consentimiento unánime de los socios (143 Cco).

**LA NULIDAD DE LA SOCIEDAD**

Se introduce por aplicación de las Directivas Comunitarias.

**CAUSAS.** Art 56 (NUMERUS CLAUSUS) Una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad **sólo** podrá ejercitarse por las ss. causas:

- Por no haber concurrido al acto constitutivo la voluntad efectiva de **dos** socios fundadores o el socio fundador (sociedad unipersonal).

- Por la incapacidad de **todos** los socios fundadores *(la incapacidad de alguno o algunos de ellos no acarrea nulidad)*

- Objeto ilícito o contrario al orden público.

- No expresarse en la escritura de constitución de la sociedad las aportaciones de los socios o en los Estatutos sociales su denominación / objeto / cifra de capital social

- Por no respetarse el desembolso mínimo de capital legalmente previsto.

Fuera de los casos anteriores no podrá declararse la nulidad ni la inexistencia de la sociedad ni tampoco acordarse su anulación.

**EFECTOS.** Art 57

. La Sentencia que declare la nulidad de la Sociedad abre su liquidación (NO AFECTA A LA VALIDEZ de SUS OBLIGACIONES/CRÉDITOS) por el procedimiento legal para los casos de disolución.

. Cuando el pago a terceros así lo exija los socios estarán obligados a desembolsar **la parte que hubiera quedado pendiente**”.

*Del art. 57 resulta su no retroactividad (ídem STS*[*9 Mayo 2013*](http://notin.es/wp-content/uploads/2013/11/STS-9-Mayo-20131.pdf) *sobre nulidad clausulas suelo y art.* [*39*](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo2-1979.t2.html#c4) *LOTC)*