

TEMA 15. LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

I. INTRODUCCIÓN.

Como ha quedado dicho, la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (*B.O.E.* núm. 161, de 3 de julio de 2010, p. 58472), supuso una cierta¹ transformación del derecho societario español.

Para el desarrollo de estos temas se va a seguir el Índice del texto refundido de la propia Ley de Sociedades de Capital (en adelante *LSC*), correspondiendo el presente tema al Título I, “Disposiciones generales” y Título II, “La constitución de sociedades de capital”.

II. LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.

El mencionado Real Decreto legislativo cumple con la previsión recogida en la disposición final séptima de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que habilita al Gobierno para que, en el plazo de doce meses, proceda a refundir en un único texto, bajo el título de «Ley de Sociedades de Capital», las normas legales que esa disposición enumera. De este modo se supera la tradicional regulación separada de las formas o tipos sociales designadas con esa genérica expresión, que ahora, al ascender a título de la ley, alcanza rango definidor.

Como señala la propia Exposición de Motivos de la LSC, la división en dos leyes especiales del régimen jurídico de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada no fue consecuencia tanto del proceso de descodificación cuanto del hecho de que la extensión de la normativa no permitía la inclusión de esos regímenes jurídicos dentro del Código de Comercio de 1885, que dedicaba pocos artículos a las sociedades anónimas y que, por razón del momento en que se elaboró, desconocía a las sociedades de responsabilidad limitada. Se promulgaron así las leyes de 1951 y de 1953 como textos legales independientes, característica que se ha mantenido desde entonces como rasgo de la legislación societaria española. En lugar de la regulación en una única ley, el legislador ha afrontado en momentos sucesivos y de forma separada la articulación de la disciplina de las sociedades de capital.

Esta dualidad o incluso pluralidad de «continentes» –cuando la Ley 19/1989, de 25 de julio, decide que la nueva regulación de las sociedades comanditarias por acciones se incluya en el Código, y cuando la Ley 26/2003, de 17 de julio, introduce un título nuevo, el título X, en la Ley del Mercado de Valores, dedicado a las sociedad anónimas

¹ Decimos “cierta”, porque evidentemente supone un cambio, pero no tanto de contenido como de técnica legislativa. Parte de la doctrina se ha adelantado ya a señalar los “excesos” que el legislador ha cometido, y lo cierto es que las sucesivas reformas que en pocos meses ha ido experimentando el texto de la LSC no avalan su rigor técnico. Además, la expectativa –a la que se ha hecho referencia en un tema anterior del programa- de aprobarse en un futuro más o menos remoto el Código Mercantil, que por supuesto incluirá la legislación societaria española, va a hacer que esta norma legal tenga una vida un tanto efímera, y desde luego atribulada.

cotizadas– no habría suscitado especiales problemas si el “contenido” estuviera suficientemente coordinado. Aunque el legislador ha tratado de conseguir esa coordinación, bien a través de la técnica de la repetición de normas, bien con el recurso al instrumento de las remisiones, el resultado no ha sido plenamente satisfactorio. Además, tras las grandes reformas realizadas a finales del pasado siglo –la ya citada Ley 19/1989, de 25 de julio y la Ley 2/1995, de 23 de marzo–, existen descoordinaciones, imperfecciones y lagunas respecto de las cuales doctrina y jurisprudencia han ofrecido soluciones legales divergentes sin que exista razón suficiente.

De ahí que las Cortes Generales hayan considerado necesario encomendar al Gobierno la elaboración de un texto refundido de las normas legales sobre sociedades de capital, reuniendo en un texto único el contenido de esas dos leyes especiales, con la importante adición de aquella parte de la Ley del Mercado de Valores que regula los aspectos más puramente societarios de las sociedades anónimas con valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial y con la adición de los artículos que el Código mercantil dedica a la comanditaria por acciones, forma social derivada, de muy escasa utilización en la práctica.

Un único cuerpo legal debe contener la totalidad de la regulación legal general de las sociedades de capital, sin más excepción que la derivada de la propia Ley de modificaciones estructurales –en la que se contiene la habilitación–, cuyo contenido, por estar referido a toda clase de sociedades mercantiles, incluidas las «sociedades de personas», no podía incluirse, sin alguna incoherencia, en esa refundición. Se trata de una tarea de extraordinaria importancia por cuanto que la gran mayoría de las sociedades constituidas y operantes en nuestro país o son limitadas o son anónimas; pero se trata también de una tarea que –como veremos a lo largo de los siguientes temas- entraña no pocas dificultades.

La LSC cataloga en su art. 1 como “sociedades de capital” a la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones. Se estudiarán cada una de ellas por separado, haciendo referencia en cualquier caso a la normativa contenida en la vigente LSC, que en muchos casos unifica el régimen aplicable a las tres, y en otros mantiene las respectivas especificidades que estaban contenidas en la LSRL, la LSA y los arts. 151 a 157 del C.Com.

III. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

Las sociedades anónimas encuentran su origen en las sociedades semipúblicas constituidas por decisiones gubernativas, a las que se dotaba de privilegios monopolísticos, y que aparecen con el desarrollo del comercio con las Indias orientales y occidentales en el siglo XVII. Cubren la necesidad de crear un tipo societario alternativo a los existentes (sociedades colectivas y en comandita), que permitiese reunir el gran volumen de capitales que exigían esas empresas y repartir entre todos los socios los grandes riesgos.

La sociedad anónima se va configurando así como la forma societaria mercantil de mayor trascendencia. En España han llegado a ser especialmente populares, pues el régimen legal es muy flexible y sirven para cubrir prácticamente todo el espectro de empresas:

- grandes empresas: se estructuran como S.A. abierta, en la que la personalidad del accionista es indiferente, donde la transmisión de las acciones no tiene limitación alguna y que por lo tanto pueden cotizar en bolsa;

- medianas empresas: dan lugar a una S.A. cerrada, constituida por un grupo de personas con coherencia interna, que desean mantenerla cerrada y por ello prevén en los estatutos limitaciones a la transmisibilidad de las acciones (permitidas por el art. 63 LSA);

- empresas familiares: la S.A. incluso se puede utilizar para empresas familiares, constituidas por una unidad familiar o por un grupo de hermanos, ya que el capital mínimo (€60.000 - art. 4.2 LSC) es muy bajo.

En la actualidad sin embargo, el número de nuevas S.A.'s se ha reducido drásticamente, ya que el régimen jurídico de la LSL es más flexible, y las empresas se decantan mayoritariamente, salvo que la ley les exija la forma anónima (empresas cotizadas, empresas en sectores específicos que exigen este tipo social -bancos, entidades de seguros, etc.-) por la forma de SL. No obstante, la gran relevancia de las empresas que continúan utilizando esta forma societaria hace que la sociedad anónima perdure como una forma de organización societaria de gran importancia y significación.

Tradicionalmente la regulación de la S.A. en nuestro ordenamiento se encontraba en la Ley de 17 de julio de 1951, que vino a sustituir la deficiente regulación del C.Com. Fue redactada básicamente por Garrigues y Uría y, aún teniendo evidentes defectos, no deja de ser uno de nuestros monumentos legislativos.

Antes de la reciente LSC, la LSA de 1951 no sufrió modificación importante hasta la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de Sociedades. Como su nombre indica, la Ley 19/89 tenía una doble finalidad:

a) Por un lado, adaptar nuestra legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades. Esta normativa busca armonizar la legislación societaria y contable de todos los países miembros, para evitar que a través de ella se creen desigualdades o trabas al libre comercio entre empresas asentadas en diferentes Estados. La normativa comunitaria se contiene en seis directivas, conocidas como “primera” (publicidad, validez de los compromisos de las sociedades y nulidad de éstas), “segunda” (constitución y capital de las S.A.), “tercera” (fusión), “cuarta” (cuentas anuales), “sexta” (escisión) y “séptima” (cuentas consolidadas).

b) Por otro lado, la Ley reformó varios aspectos de la anterior LSA que requerían urgentemente cambios; sin embargo, la reforma sólo fue parcial, porque no se han tocado ni los órganos de la LSA ni la problemática de los grupos de sociedades. La razón estriba en que aún no se ha promulgado la “quinta directiva” sobre órganos de la S.A. (por problemas con la introducción del consejo de vigilancia alemán), ni la “novena directiva” en materia de grupos.

Tras la aprobación de la Ley de reforma parcial y adaptación, el Gobierno promulgó el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que consta nada menos que de 311 artículos y constituía la norma fundamental por la que se regía la S.A.

La LSA fue objeto de varias reformas, la más importante la operada por la denominada Ley de Transparencia (Ley 26/2003 de 17 de julio). Esta Ley, aparte de reformar la LSA, sobre todo en materia de responsabilidad de los administradores, ha introducido una regulación específica para la SA cotizada, que se encuentra no en la LSA, sino en el título X de la LMV (arts. 111 y ss). Con la última reforma de 2010 se deroga este título X de la LMV, que pasa a incorporarse al texto de la LSC, en su título XIV (arts. 495 a 528).

La LSA estaba prolijamente desarrollada por el RRM que en los arts. 114-174 regula detalladamente la inscripción de una S.A., en los arts. 216-248 su transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación. El RRM interpreta y desarrolla la ley, además de definir con gran precisión los requisitos necesarios para inscribir los actos. Es imprescindible estudiarlo con detalle.

Aparte de esta Ley y del RRM, existe un variado conjunto de disposiciones normativas que complementan, adaptan e incluso limitan el marco legal general común establecido en la Ley de 22 de diciembre de 1989, en relación con sociedades anónimas especiales por la índole específica de su actividad o porque actúan en mercados reglamentados (sociedades anónimas laborales o deportivas, o sociedades de seguros, de crédito, de capital-riesgo, etc.).

De entre éstas, sin duda la más importante –y reciente también- es la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, y que será objeto de estudio específico en el Tema 23 de este curso.

IV. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA SA.

Concepto: La S.A. es el tipo de sociedad mercantil cuyo capital social está dividido en acciones y se integra por las aportaciones de los socios, y en la que únicamente responde el patrimonio social de las deudas sociales. Esta misma idea late en el art. 1.3 LSC (verlo).

Los elementos más destacables que derivan del concepto señalado son:

(i) La S.A. es una sociedad capitalista: el capital es la pieza esencial de la S.A. Garrigues la denomina muy gráficamente “capital social con personalidad jurídica”. La S.A. se constituye “*intuitu pecuniae*”, es decir, en atención a las aportaciones de los socios y no “*intuitu personae*” (en atención a la personalidad de los socios). Todo socio tiene que aportar un capital en dinero u otros bienes; no cabe una aportación de industria; las acciones gratuitas son incompatibles con las S.A. [ver arts. 58 y 59 LSC].

(ii) La S.A. es una sociedad de acciones: es decir, las aportaciones de los socios están materializadas en unos títulos-valores que se denominan acciones y que permiten su fácil circulación, pues el tenedor de tales títulos ostenta, en principio, la calidad de socio.

(iii) La S.A. es una sociedad de responsabilidad limitada: el socio sólo se compromete frente a la sociedad a efectuar la aportación, a desembolsar el valor de la acción; no responde más allá de la cuantía de su aportación. El accionista arriesga, si la

sociedad va mal, todo lo más sus acciones. La limitación históricamente comenzó como un privilegio que se otorgaba a ciertas sociedades para comerciar con las colonias, y después se generalizó para todo tipo de S.A.'s. Es sin duda uno de los grandes hitos en la historia del Derecho mercantil, y uno de los factores que ha permitido la creación de grandes corporaciones mercantiles y el desarrollo del capitalismo actual. La limitación permite dos cosas: captar ahorro del público y acumular grandes capitales, y permitir la libre circulación de las acciones, sin que transmitente o adquirente asuman ningún tipo de responsabilidad. Sin limitación, las sociedades no pueden ser más que personales y pequeñas.

Conviene resaltar que la responsabilidad limitada se predica con respecto a los socios, no con respecto a la S.A., a quien le es de aplicación el régimen general de responsabilidad ilimitada [véase art. 1911 C.C.]. Los acreedores de la S.A. solo pueden exigir a los socios el pago de la parte no desembolsada de las acciones, los llamados dividendos pasivos, por vía de la acción subrogatoria [véase art. 1.111 C.c.], pero carecen de acción directa contra los socios. (La propia sociedad por supuesto tiene acción directa para reclamar a los socios los dividendos pasivos - arts. 81 y ss. LSC, que los llama “desembolsos pendientes”). La limitación de la responsabilidad de los socios juega también en relación con el socio único, salvo lo ya estudiado en relación con la omisión de la inscripción de la unipersonalidad en el Registro Mercantil. Por último cabe recordar asimismo lo ya señalado anteriormente en cuanto a la posibilidad de aplicar la doctrina del “levantamiento del velo” en supuestos de abuso de la personalidad jurídica.

Personalidad jurídica: el artículo 20 LSC establece que “la constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil”. Por su parte, el art. 33 LSC señala que “Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido”.

Mercantilidad de la S.A.: el artículo 2 LSC despeja cualquier duda en cuanto al carácter mercantil de las sociedades de capital –por tanto esto es válido también para la SL y la SCA- al afirmar rotundamente que “las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil”. Por tanto, todas las S.A. con independencia de su objeto y de que hayan sido constituidas antes o después de la LSA o la LSC, tendrán la consideración de empresarios y deberán someterse al estatuto jurídico aplicable a éstos (inscripción en el RM, deber de contabilidad, etc.). Así, el art. 1.670 C.c. [ya visto] no tendrá relevancia alguna en relación con la S.A.

V. LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

La sociedad de responsabilidad limitada surge de la segunda mitad del s. XIX a impulso paralelo del derecho alemán y del derecho anglosajón. Se configura inicialmente como una sociedad colectiva a la que se le añade la limitación de responsabilidad. Se pretende con ello extender el beneficio de la responsabilidad limitada a sociedades pequeñas, evitando la complejidad de la S.A.

En España surge este tipo social al amparo del criterio liberal del art. 122 del Código de Comercio y del reconocimiento que hizo de su existencia el art. 108 del anterior RRM. En 1953 pasó a regirse por una Ley de 17 de julio que fue modificada

por la Ley de Reforma y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en Materia de Sociedades de 25 de julio de 1989.

La nueva Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada entró en vigor el 1 de junio de 1995, derogando la antigua Ley de 1953. La nueva LSL se basa en tres postulados, según su Exposición de Motivos:

(a) La LSL intenta dar una configuración propia a la SL. Ni es una "pequeña SA" (es decir una SA simplificada) ni es una sociedad colectiva (y por lo tanto totalmente personalista) con limitación de responsabilidad. La SL se configura en un tipo de sociedad independiente, con su propia regulación, que es paralela a la de la SA y coincide en bastantes aspectos, pero que en muchos otros difiere de la LSA. Algunas de esas diferencias se explican por razón de coherencia con los principios de la SL. Otros son meros perfeccionamientos técnicos respecto de la regulación de la SA. Ha de prestarse especial cuidado a no confundir ambos tipos.

(b) La principal característica de la SL es que se concibe por el legislador como una sociedad de pocos socios y en la que tenga importancia la consideración personal recíproca que entre ellos se tengan. De ahí que se configure estructuralmente (por mandato de la ley, sin que las partes puedan suprimir esta exigencia) como una sociedad "cerrada", en el sentido de que las transmisiones *inter vivos* de las participaciones en que se divide el capital social han de estar sujetas a restricciones que permitan a la sociedad o a otros socios (o incluso a terceros predeterminados) impedir esa transmisión al tercero que quiera incorporarse como socio a la sociedad.

No obstante esta característica, la ley no ha establecido un límite máximo al número de socios (de hecho, ha suprimido la limitación que existía en la legislación de 1953 a que el número de socios excediera cierto límite). Y tampoco ha fijado un límite máximo a la cuantía del capital social. En consecuencia, la SL se podrá utilizar también para dar vida a grandes empresas, cualquiera que sea su tamaño. Siempre, eso sí, que los socios acepten someterse al régimen de restricciones a la libre transmisión de participaciones.

La normativa anteriormente vigente de 1989 (LSA) y de 1995 (LSL) concebía, pues, la SA como la sociedad abierta por excelencia (aunque recuérdese que según la LSA cabe pacto estatutario que permite en una SA que se exija el consentimiento de la sociedad para transmitir acciones o que se otorgue derecho de adquisición preferente a los socios) y la SL, en contraste, como una sociedad cerrada, no permitiéndose un pacto estatutario que permita la libre transmisión de participaciones (norma que, la verdad sea dicha, carece de mucho sentido, y obedece más bien a una postura dogmática preconcebida).

A ello se refiere el texto de la vigente LSC, en su Exposición de Motivos, al señalar que en el plano teórico la distinción entre las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada descansa en esta doble característica: mientras que las primeras son sociedades naturalmente abiertas, las sociedades de responsabilidad limitada son sociedades esencialmente cerradas; mientras que las primeras son sociedades con un rígido sistema de defensa del capital social, cifra de retención y, por ende, de garantía para los acreedores sociales, las segundas, en ocasiones, sustituyen esos mecanismos de defensa –a veces más formales que

efectivos– por regímenes de responsabilidad, con la consiguiente mayor flexibilidad de la normativa.

A continuación señala la LSC que esa contraposición tipológica entre sociedades abiertas y sociedades cerradas no es absoluta, por cuanto que, como la realidad enseña, la gran mayoría de las sociedades anónimas españolas –salvo, obviamente, las cotizadas– son sociedades cuyos estatutos contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones. El modelo legal subyacente no se corresponde con el modelo real, y esta circunstancia ha sido tenida en cuenta por el legislador español y ha debido ser tomada en consideración a la hora de elaborar el texto refundido.

(c) El último rasgo de la LSL es que crea un régimen jurídico flexible, en el que tenga gran protagonismo la autonomía de la voluntad de los socios, expresada en los estatutos sociales, para configurar la organización interna de cada SL, y de funcionamiento sencillo si los socios lo prefieren. Su régimen jurídico más sencillo y menos costoso (se pretende un "abaratamiento" del tipo) que prescinde de la obligatoriedad de ciertas garantías formales, como el informe de experto independiente en caso de aportación no dineraria, de fusión o escisión, los gravosos requisitos de publicidad legal que caracterizan a las SA, o la exigencia de informe de auditores en los supuestos de aumento de capital contra reservas y compensación de créditos, por poner sólo algunos ejemplos.

Como hemos visto, la SL se ha convertido en la gran protagonista del derecho de sociedades. Cuenta con una regulación completa, sistemática y moderadamente flexible, menores exigencias de capital y suficientes garantías para los socios y los terceros que contraten con ella. Ello explica que se haya producido un deslizamiento de sociedades hacia el tipo de las SL, que hoy son amplia mayoría frente a las SA.

La SL es por tanto una sociedad en la que el capital está dividido en participaciones sociales, integrado por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales [art. 1.2 LSC].

El número de socios es libre, flexibilizando el límite (50) que pervivía hasta la Ley del 95. En la denominación figurará la indicación “Sociedad de Responsabilidad Limitada”, “Sociedad Limitada”, o sus abreviaturas “S.R.L.” o “S.L.” [Art. 6.1 LSC].

Capital social: será, como mínimo, de €3.000 (art. 4.1 LSC). El capital deberá estar íntegramente asumido por los socios y, además, desembolsado en su totalidad (a diferencia de la SA, que permite que lo esté sólo en un 25% de cada acción). Estará dividido en participaciones sociales, que serán indivisibles y acumulables (esto último significa que cabe ser titular de más de una participación).

Las participaciones no tendrán el carácter de valores (el RD 291/1992, de 27 de marzo, de emisiones y Ofertas Públicas de Venta, ya señaló que no tendrían el carácter de "valores negociables") y no podrán denominarse “acciones” ni estar representadas por títulos o anotaciones en cuenta [art. 92.2 LSC].

VI. DENOMINACIÓN, NACIONALIDAD Y DOMICILIO.

La denominación: La denominación de una sociedad de capital no tiene por qué guardar relación alguna con su objeto ni con el nombre de sus socios, sino que queda totalmente al arbitrio de los fundadores o, una vez constituida, de la propia sociedad. Además, puede consistir tanto en una denominación objetiva o razón social, como en una denominación subjetiva (esto es, puede ser un nombre de fantasía, el de alguno de los socios, etc.). La normativa sólo establece las siguientes limitaciones:

(i) En la denominación de la sociedad de responsabilidad limitada deberá figurar necesariamente la indicación «Sociedad de Responsabilidad Limitada», «Sociedad Limitada» o sus abreviaturas «S.R.L.» o «S.L.». En la denominación de la sociedad anónima deberá figurar necesariamente la indicación «Sociedad Anónima» o su abreviatura «S.A.». La sociedad comanditaria por acciones podrá utilizar una razón social, con el nombre de todos los socios colectivos, de alguno de ellos o de uno solo, o bien una denominación objetiva, con la necesaria indicación de «Sociedad comanditaria por acciones» o su abreviatura «S. Com. por A.». (art. 6 LSC) [art. 403.1 RRM].

(ii) El nombre no debe ser idéntico al de cualquier otra sociedad de capital sea del tipo que sea, o al de otra entidad inscrita en el Registro Mercantil (v.g. Cajas de Ahorro, Fondos de Inversión, Fondos de Pensiones) [arts. 7 LSC y 407 del RRM]. El art. 408 RRM establece una serie de criterios para determinar en qué casos existe “identidad”. Nótese que el criterio que sigue la norma es el de exigir semejanza muy acentuada [p.e. son incompatibles “Hortensia, S.A.” con “Ostensia, S.A.” o “Ortensiasa”]. También se prohíben aquellas denominaciones que induzcan a error [art. 406 RRM p.e. “Sociedad Olímpica Española, S.A.”].

(iii) El RRM establece además la prohibición de que se adopte una denominación objetiva no incluida en el objeto social [art. 402 RRM “Promotora Inmobiliaria López, S.A.” cuando el objeto social es la intermediación inmobiliaria], que se utilice el nombre o seudónimo de una persona sin su consentimiento [art. 401.1. RRM], que se utilice exclusivamente el nombre de España o de sus divisiones políticas [art. 405.1. RRM -aunque sí se puede utilizar en conjunción con otras palabras; p.e. Seguros Bilbao, S.A.] o expresiones contrarias a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres [art. 404 RRM].

¿Cómo se demuestra que no existe una sociedad idéntica? El RRM ha creado la “Sección de Denominaciones” que se lleva en el Registro Mercantil Central, y que tiene por objeto el registro de todas las denominaciones de las sociedades y demás entidades inscritas, así como de las denominaciones sobre cuya utilización exista reserva temporal [art. 395 RRM]. Para poder inscribir una nueva sociedad en el Registro Mercantil (o modificar la denominación de una S.A.), es preciso que se aporte una certificación negativa expedida por la Sección de Denominaciones. El objeto de dicha certificación negativa es acreditar que no figura registrada (o reservada previamente) la denominación elegida [art. 413.1 RRM].

Para obtener la necesaria certificación negativa habrá que rellenar una solicitud que se puede cursar en cualquier RM, el cual conectará con la “Sección de Denominaciones” del Registro Mercantil Central. En dicha solicitud habrá que hacer constar la denominación que se pretende. Una vez obtenida la certificación negativa,

que tiene una vigencia de dos meses desde la fecha de su expedición, la denominación solicitada queda reservada en favor del solicitante durante un período de 15 meses [art. 412 RRM].

La nacionalidad: una lectura apresurada del art. 8 LSC (verlo) parece ligar la nacionalidad española de las sociedades de capital únicamente al criterio de sede o domicilio social. Sin embargo, como ya ha quedado señalado, la nacionalidad española se adquiere por la confluencia de dos requisitos: (i) estar domiciliada en España; y (ii) estar constituida (originariamente o de forma sobrevenida) conforme al ordenamiento español.

Sin embargo, como ya hemos visto igualmente, ambos requisitos están íntimamente ligados, de manera que toda sociedad de capital constituida en España debe tener necesariamente su domicilio en territorio nacional [art. 9.2 LSC].

Las denominadas “sociedades multinacionales”: el concepto es equívoco: no se trata de sociedades que tengan varias nacionalidades, lo que es imposible, sino de una sociedad matriz que tiene filiales controladas por ella en diferentes países extranjeros. Tales filiales tienen cada una forma de sociedad, y por lo tanto la nacionalidad del Estado donde están constituidas.

El domicilio: arts. 9 LSC y 120 RRM (verlos). Caben dos criterios con respecto al domicilio de una sociedad: (i) dejar libertad a los estatutos para fijarlo, lo que da lugar a la corruptela de los domicilios ficticios; (ii) imponer coactivamente el domicilio en base a ciertos datos objetivos.

La LSC sigue este último camino al exigir dos requisitos:

(i) El domicilio debe radicar necesariamente en España; una sociedad de capital con domicilio fuera de España no tendrá nacionalidad española; y viceversa: toda sociedad cuyo principal establecimiento radique en España, debe tener domicilio (y con ello nacionalidad) española, y (ii) el domicilio debe coincidir con el lugar donde se lleve la administración o dirección de los negocios o con el lugar donde radique el establecimiento principal.

¿Quid si no se cumplen alguno de estos requisitos? Si falta el primero, la sociedad de capital no tiene nacionalidad española, y no se puede crear en base a nuestro ordenamiento; si falta el segundo, los terceros podrán considerar como domicilio el centro administrativo (registral) o el establecimiento principal de la sociedad [art. 10 LSC]. El ordenamiento español extiende el concepto de nacionalidad a las personas jurídicas, como se desprende del art. 28 C.c. De acuerdo con el art. 9.11 C.c. el ordenamiento jurídico correspondiente a la nacionalidad rige todos los aspectos relacionados con la creación y actuación de la persona jurídica.

Como veremos en un tema posterior, puede decidir el cambio de domicilio el órgano de administración, el cual otorgará la escritura pública, modificando el artículo correspondiente de los Estatutos sociales (art. 285 LSC) dentro del término provincial; este precepto ha sido modificado con ocasión de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal que lo extiende a todo el territorio nacional.

VII. LA SOCIEDAD UNIPERSONAL.

Conforme al art. 12 LSC, se entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada o anónima:

- a) La constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica.
- b) La constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones o las acciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales o las acciones que pertenezcan a la sociedad unipersonal.

La constitución de una sociedad unipersonal, la declaración de tal situación como consecuencia de haber pasado un único socio a ser propietario de todas las participaciones sociales o de todas las acciones, la pérdida de tal situación o el cambio del socio único como consecuencia de haberse transmitido alguna o todas las participaciones o todas las acciones, se harán constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. En la inscripción se expresará necesariamente la identidad del socio único (art. 13.1 LSC).

Así mismo, transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad (art. 14 LSC).

VIII. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES.

Uno de los fenómenos más importantes en el ámbito de las sociedades mercantiles es la aparición de grupos de sociedades, en los que existe una sociedad dominante, y una o más sociedades dominadas, bien directamente, o bien indirectamente a través de otras entidades del grupo. El control se ejerce normalmente detentando la mayoría (o en su caso la totalidad) de los derechos de voto en la junta de socios, o excepcionalmente a través de pactos con socios minoritarios que permiten la designación por la dominante de la mayoría del órgano de administración [cfr. art. 42 C.Com.].

En el derecho español no existe una regulación general de los grupos de sociedades. La única mención a la que la LSC hace referencia es su escueto art. 18, que se limita a remitirse al art. 42 del C.Com. La ausencia de normativa no es de sorprender, pues la UE tampoco ha sido capaz de ponerse de acuerdo sobre el texto de una Directiva que la regule: el Derecho alemán tiene un modelo de regulación muy desarrollado, que los alemanes intentan imponer a los restantes países de la Unión, a lo que estos se resisten con vehemencia.

Las razones que animan a las empresas a crear grupos de sociedades son muy diversos: en ocasiones se crean filiales para independizar ciertas actividades dentro de una empresa (p.e. FISEAT dentro del grupo SEAT) o para compartimentar la responsabilidad (p.e. los grupos navieros, que crean una sociedad para detentar la

propiedad de cada buque); en otras, los grupos surgen (o crecen) porque la dominante adquiere el control de la dominada (p.e. la compra por el Banco Santander de Banesto).

Los grupos de sociedades plantean muy diversos problemas jurídicos:

(i) En primer lugar, plantean un grave problema contable, ya que las cuentas de la dominante no ofrece una imagen fiel de la situación patrimonial y de los beneficios del grupo; este problema es el único que se halla resuelto, pues los art. 42 y ss. C.Com. obligan a los grupos a aprobar cuentas anuales consolidadas.

(ii) En segundo lugar, los grupos plantean el problema de la limitación de responsabilidad. ¿Deben ser todas las sociedades (o al menos la dominante) responsables de las deudas de cada uno de los miembros? La duda se debe contestar aplicando los mismos principios que se han enunciado al regular el levantamiento del velo societario (*vide supra*).

(iii) Los grupos finalmente plantean una problemática - y muy grave - en el caso de que en una sociedad que forme parte del grupo existan socios externos. La situación es conflictiva, pues la sociedad dominante tendrá una tendencia a gestionar la sociedad participada en interés del grupo en general, y no en el interés de la propia participada.

En la práctica española, son muy frecuentes los casos de accionistas minoritarios en sociedades englobadas en grupos que han sido expoliados. El derecho español carece de medidas eficaces para atajar estos abusos. La solución ideada en el derecho alemán consiste en ofrecer al socio minoritario de una sociedad que ha sido integrada en un grupo la posibilidad de convertirse en socio de la dominante. Es urgente que en derecho español se arbitren medidas similares.

IX. LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES DE CAPITAL.

A) INTRODUCCIÓN.

En general, las sociedades de capital se constituyen por contrato entre dos o más personas o, en caso de sociedades unipersonales, por acto unilateral (art. 19 LSC). Sin embargo, en esta materia sí hay especificidades para la SA y la SL que se irán señalando en los diferentes epígrafes.

Se entiende por fundación de la Sociedad Anónima el acto de manifestación de voluntad de los socios originarios de crear la Sociedad (negocio jurídico de constitución que está en el origen del concepto de sociedad), manifestación que necesariamente se tiene que formalizar en escritura pública. Sin embargo, la fundación no acaba en el otorgamiento de la escritura pública, sino que concluye con la inscripción de la escritura de constitución en el Registro Mercantil y la atribución de su personalidad jurídica separada a la nueva Sociedad.

Dos son las clases de fundación de la SA reguladas por la LSC [art. 19]:

(i) Simultánea: los socios fundadores concurren todos al otorgamiento de la escritura constitutiva (“...por contrato entre dos o más personas”).

(ii) Sucesiva: para el caso de que se lleve a cabo una promoción pública de suscripción de acciones emitidas por la sociedad a constituir (“... o en forma sucesiva por suscripción pública de las acciones.”).

La fundación simultánea tiene lugar mediante el otorgamiento de la escritura de constitución por todos los socios que crean la S.A., a quienes se denomina fundadores [art. 21 LSC]. Históricamente el número de mínimo de fundadores era de tres. Sin embargo, como hemos visto, este requisito se ha suprimido, y basta un solo socio para crear una S.A. –o una S.L.- En este caso es, sin embargo, necesario añadir al nombre de la sociedad la expresión “Sociedad Unipersonal” – art. 13 LSC).

Es obligación de los fundadores y de los administradores de la sociedad presentar la escritura de constitución a inscripción en el Registro Mercantil dentro del plazo de dos meses. De no hacerlo serán solidariamente responsables de los daños y perjuicios que por ello se pudieran causar [arts. 31 y 32.1 LSC].

La fundación se prestaba a una serie de corruptelas (fijar una cifra de capital que no se desembolsaba aunque en los estatutos se hacía constar como abonada en la caja social, aportar bienes inmuebles sobrevalorados, etc.). Por ello la ley ha querido reforzar la responsabilidad de los fundadores que responden de la corrección y exactitud de la constitución, de la realidad de las aportaciones sociales [art. 30.1 LSC]. Esta responsabilidad comprende también a las personas por cuya cuenta hayan actuado los fundadores. Su responsabilidad es solidaria y exigible por la propia sociedad, por sus accionistas y por terceros [art. 30.2 LSC].

Siempre que con anterioridad a la escritura de constitución se haga un promoción pública de la suscripción de las acciones de la nueva Sociedad bien mediante publicidad, bien a través de intermediarios financieros, deberá seguirse el procedimiento de fundación sucesiva. Las personas que llevan la iniciativa del proyecto son los promotores. Su condición viene determinada por la firma del programa fundacional. De ellos parte el impulso y a ellos corresponde la responsabilidad del correcto desarrollo del proyecto.

La LSA regulaba con inmenso detalle todo el proceso de fundación sucesiva [arts. 19 a 33]. El intento era totalmente fútil, ya que la fundación sucesiva carece de toda relevancia práctica - era mucho más sencillo crear una S.A. con el capital mínimo, posteriormente realizar una ampliación de capital, y ofrecer las acciones nuevas a los inversores. La LSC lo hace en este Título II, en el Capítulo IV: “La constitución sucesiva de la sociedad anónima” (arts. 41 a 55).

Los fundadores (en la fundación simultánea) y los promotores (en la fundación sucesiva) pueden reservarse ventajas económicas especiales en consideración a su intervención en la constitución de la S.A. [art. 27 LSC y art. 128 RRM -verlos]. Las ventajas sólo pueden ser de carácter económico (no cabe p.e. atribuir a los fundadores un derecho de veto en las JGA) y pueden alcanzar hasta un máximo del 10% de los beneficios netos de la Sociedad, después de deducida la cuota para la reserva legal, durante un plazo máximo de 10 años. En la práctica no se utilizan nunca: es más práctico que los fundadores constituyan la sociedad, y que después amplíen capital,

exigiendo a los nuevos socios el desembolso de una prima (es decir, los nuevos socios tienen que suscribir las acciones y además pagar un plus).

En la SA todo el capital ha de estar suscrito (es decir, comprometida su aportación por algún accionista) y ha de ser desembolsado (es decir, efectivamente entregado) al menos el 25% de cada acción antes de la constitución o en ese momento [art. 79 LSC]. En la SL, sin embargo, se exige que las participaciones sociales en que se divide el capital social estén íntegramente suscritas e íntegramente desembolsadas [art. 78 LSC].

B) EL PROCESO DE CONSTITUCIÓN.

La escritura pública de constitución es la formalización de la voluntad de los socios que acuerdan crear una sociedad de capital, y debe mencionar los datos previstos en el art. 22 de la LSC (verlo).

Si la escritura de constitución es la formalización de la vertiente contractual de la Sociedad, los estatutos son las reglas que van a regir la vida de la sociedad durante su existencia. Es obligatorio que la sociedad disponga de estatutos. En general, se permite que los socios pacten las reglas que van a regular la vida de la sociedad, si bien hay un contenido mínimo previsto que tendrán que respetar [ver art. 23 LSC].

Una de las menciones obligatorias de los estatutos sociales es el “objeto social”. El objeto social constituye el elemento delimitador de la actividad de la sociedad, y en consecuencia el género de comercio al que la sociedad va a dedicarse. El art. 117 RRM establece dos precisiones: (i) que no podrá incluir los actos necesarios para el desarrollo de las actividades indicadas en él (p. ej., firmar contratos, abrir cuentas corrientes, recibir préstamos, etc.) y (ii) no podrá tampoco incluirse la realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio o exposiciones genéricas de cualquier sentido, ya que ello desvirtuaría el requisito de la determinación.

La sociedad en formación: desde el otorgamiento de la escritura hasta su inscripción en el RM la sociedad estará “en formación”, esto es, pendiente de consumir su proceso constitutivo y de adquirir su personalidad jurídica propia [arts. 36 a 38 LSC y art. 116 C.Com].

Durante ese plazo los fundadores se ven obligados a realizar ciertas operaciones por cuenta de la sociedad en formación e incluso puede ser conveniente realizar ya operaciones empresariales con terceros. En general, el fundador que los realice responderá personalmente, salvo que el acto quede condicionado a la inscripción o la sociedad los acepte en un plazo de tres meses desde la inscripción.

La sociedad devenida irregular: los fundadores deben presentar la escritura en el RM en un plazo de dos meses desde el otorgamiento. Si no lo hacen, incurren en responsabilidad [arts. 31 y 32 LSC]. Además, si dejan transcurrir un año, estaremos ante una sociedad irregular (esto es, sociedad anónima no inscrita donde no existe voluntad o actuación efectiva para lograr su inscripción), sujeta al siguiente régimen general [arts. 39 y 40 LSC]:

- Cualquier socio puede instar la disolución y exigir que se liquide el patrimonio y se restituyan las aportaciones realizadas por los socios.

- Las operaciones realizadas se considerarán llevadas a cabo por la sociedad en régimen de Sociedad Colectiva o Sociedad Civil (según sea el objeto social); las operaciones realizadas son pues válidas, pero los socios responden ilimitadamente.

La inscripción en el Registro Mercantil: es el último acto que completa el procedimiento fundacional y otorga a la sociedad anónima su propia personalidad jurídica, esto es, su carácter de auténtica sociedad anónima con todos los rasgos estructurales propios de la misma. La inscripción registral se lleva a cabo de conformidad con lo establecido en el RRM [art. 114 verlo], una vez justificado que se ha solicitado o realizado la liquidación de impuestos correspondientes al acto inscribible [se devenga el ITP y AJD], y se publicará en el Boletín Oficial del RM [art. 35 LSC]. El art. 34 LSC prohíbe la transmisión de las acciones ni participaciones sociales antes de la inscripción en el RM. El TS incluso ha extendido tal prohibición a la promesa de venta de acciones o participaciones de una sociedad no inscrita (Ratio: proteger al tercero adquirente).

Pactos parasociales: es frecuente que los socios celebren pactos parasociales, al margen de los estatutos. En las sociedades no cotizadas estos pactos son válidos, se pueden mantener en secreto y no son oponibles frente a la sociedad [art. 29 LSC].

El régimen en las sociedades cotizadas es totalmente diferente: los pactos parasociales que tengan por objeto el derecho de voto (dos accionistas se comprometen a votar siempre en el mismo sentido) o que condicionen la libre transmisibilidad de los títulos (dos accionistas se otorgan un derecho de adquisición preferente) se tienen que comunicar al mercado e inscribir en el RM; si no se hace, el pacto parasocial no produce efecto alguno. Por su importancia en el correcto funcionamiento de los mercados, la transparencia y la protección del inversor, la LSC –que, recordemos, en esta materia deroga los correspondientes artículos de la Ley del Mercado de Valores- le dedica el Capítulo VIII (“Pactos parasociales sujetos a publicidad”, arts. 518 a 523, verlos) dentro del Título XIV (“Sociedades anónimas cotizadas”).

C) LA NULIDAD DE LA SOCIEDAD.

Normalmente los defectos del proceso fundacional serán puestos de manifiesto por el Notario autorizante o por el Registrador Mercantil al calificar la escritura [art. 6 RRM]. No obstante, si los posibles defectos no fueran advertidos y se completara la fundación de la sociedad con su inscripción en el Registro Mercantil, ésta no implica la subsanación de los defectos en que se hubiese podido incurrir [art. 7.2. RRM y art. 20.2 C.Com.]. Por ello la LSC establece un régimen específico de la nulidad de la sociedad, que no sigue las reglas tradicionales sobre nulidad de los negocios jurídicos establecidas en nuestro Derecho de obligaciones.

La LSC establece una relación tasada de causas en base a las cuales podrá instarse la nulidad de una sociedad ya inscrita [art. 56 LSC ¡verlo!]. No podrá declararse la inexistencia, nulidad o anulación de una Sociedad inscrita por causa distinta de las anteriores. La declaración tiene que obtenerse a través de un procedimiento declarativo ordinario ante la jurisdicción civil. En la práctica es extraordinariamente inusual, pues

es muy difícil que en el tráfico ordinario se produzcan las causas previstas en la LSC, ya que tanto el Notario autorizante como el Registrador no permitirían la constitución de una sociedad si concurriese alguna de estas causas.

Los efectos de la declaración de nulidad de la sociedad son [art. 57 LSC]:

(i) La apertura de un proceso de liquidación, que se seguirá como si la sociedad se hubiera disuelto [art. 368 y ss. LSC].

(ii) La nulidad de la sociedad no afecta a la validez y exigibilidad de las obligaciones y créditos contraídos por la hasta entonces sociedad activa en el tráfico.

(iii) En el supuesto de que el pago a terceros de las obligaciones contraídas por la sociedad declarada nula así lo exija, los socios estarán obligados a desembolsar sus dividendos pasivos (pero sin responsabilidad personal ilimitada).

En definitiva, con la nulidad de la sociedad se pone fin a la vida de ésta y se abre el camino de su liquidación conforme a las reglas ordinarias de todo proceso de liquidación societaria.

D) CONSTITUCIÓN DE LA SL.

La constitución de la SL reviste algunas peculiaridades, aunque en general le es aplicable todo el régimen descrito para la SA. La SL también se constituirá mediante escritura pública que deberá inscribirse en el Registro Mercantil y desde entonces adquirirá su personalidad jurídica. La fundación simultánea es la única forma posible de constitución.

Escritura y estatutos: fruto del ánimo del legislador de simplificar y flexibilizar la SL es el escueto contenido mínimo de la escritura y los estatutos. El número de menciones obligatorias queda reducido al mínimo imprescindible [vid. art. 22 LSC para la escritura y art.23 para los estatutos]. Por el contrario, existen multitud de cláusulas facultativas, que pueden ser supletorias o complementarias.

Son *supletorias* aquellas previsiones estatutarias –muy frecuentes en la LSC– que concretan una característica de la SL que, de no tener esa regulación en los estatutos, se regirían por una regla general de la LSC (por ej., la duración de la sociedad será, según la ley, indefinida salvo pacto estatutario en contrario).

Son *complementarias* aquellas disposiciones de los estatutos por las cuales los socios pueden completar el régimen legal (por ej., establecimiento de prestaciones accesorias). Es posible así configurar cada SL de forma que se adapte a las específicas necesidades de los socios, con amplio ámbito de autonomía de la voluntad.

Para agilizar la actividad emprendedora, se ha promulgado el Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo, por el que se regulan los modelos de estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades de responsabilidad limitada, se aprueba modelo de estatutos-tipo, se regula la Agenda Electrónica Notarial y la Bolsa de denominaciones sociales con reserva (*B.O.E.* núm. 141, de 13 de junio de 2015), y cuya virtualidad práctica está todavía por comprobar.