

FUNDACIÓN DE SOCIEDAD ANÓNIMA

PATRICIA ORTIZ SEIJAS
Licenciada en Derecho

Palabras clave: sociedad anónima, fundación, fundadores.

ENUNCIADO

Pedro, persona física menor de edad, emancipada, y con problemas con sus padres, acude con uno de sus testaferros (que va a suscribir el 20% del capital social) a nuestro despacho a fin de constituir una sociedad anónima mediante la aportación de varias fincas que ha heredado de su abuela.

CUESTIONES PLANTEADAS:

Y en su relación, se plantea las siguientes cuestiones, a fin de cumplir todos los requisitos legales, y evitar la impugnación que sospecha pueden perseguir los abogados de sus padres:

1. ¿Es suficiente con la concurrencia de Pedro y su testaferro para el otorgamiento de la escritura constitutiva?
2. ¿Precisa Pedro del consentimiento de sus padres para aportar las fincas a la sociedad? Asimismo, y como quiera que el valor de las fincas aportadas exceden del 80 por 100 del capital social, plantea Pedro la posibilidad de que la sociedad se constituya así, instrumentando un reconocimiento de deuda a su favor.
3. Alcance de la intervención del testaferro en el acto constitutivo.
4. ¿Qué obligaciones competen a los fundadores de la sociedad?

5. ¿Cuál sería la responsabilidad de los fundadores?
6. ¿Es posible funcionar (contratar) con la sociedad en tanto en cuanto no se produzca la inscripción en el Registro Mercantil? ¿Se podría proceder a contratar un préstamo con una entidad bancaria?

SOLUCIÓN

1. Fundadores de la sociedad.

En el supuesto de que la sociedad se constituya por fundación simultánea (esto es, como en el caso que nos ocupa, por otorgamiento de la correspondiente escritura pública y suscripción de la totalidad del capital social), con la nueva redacción de la Ley de Sociedades Anónimas, dada por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ya no se exige la concurrencia de tres fundadores para su constitución, sino únicamente dos (salvo en el supuesto de que la sociedad sea unipersonal), con lo que se cumple el requisito legal al concurrir dos fundadores.

2. Capacidad del fundador que es menor emancipado. Diferencia de aportación.

Como se ha dicho, uno de los socios fundadores es un menor emancipado que aporta a la sociedad unos inmuebles de su propiedad y surge la duda de si el menor precisará de autorización de sus padres o no.

La posición doctrinal es contradictoria, pues si bien encontramos alguna resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en la que se establece que el menor emancipado tiene capacidad suficiente para aportar bienes inmuebles a una sociedad (Resolución de 27 de julio de 1917), encontramos otras muchas resoluciones y sentencias del Tribunal Supremo (valga por todas la de 3 de diciembre de 1981) que entienden la aportación a la sociedad como un acto de enajenación por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 323 del Código Civil, el menor precisaría del consentimiento de los padres.

Asimismo, se ha de indicar que hasta el momento en que la sociedad no quede inscrita en el Registro Mercantil, la aportación de los bienes inmuebles carecerán de efectividad hasta tanto la sociedad no adquiera, (mediante la inscripción), la personalidad jurídica y de obrar independiente y distinta de la de sus socios.

Así lo establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 1985:

«(...) Atendidos los términos categóricos del precepto, convienen la doctrina jurisprudencial y la científica que la inscripción de la escritura fundacional en el Registro Mercantil tiene la condición de requisito constitutivo y en tanto no se cumpla la sociedad carece de personalidad a los fines previstos en los artículos 35, número segundo, 36 y 38, párrafo primero, del Código Civil, aunque tal situación de interinidad del ente en formación surte determinados efectos entre los contratantes, si bien ese

núcleo jurídico obligacional *inter partes* no puede ser calificado propiamente como sociedad anónima imperfecta, y de otro lado no es permitido admitir en nuestro ordenamiento positivo la figura de una sociedad anónima irregular, por lo que la eficacia del embargo solo podría desvanecerse en el caso de mediar un acto dispositivo válido, anterior a la anotación tabular privando al deudor ejecutado de sus facultades más características, en virtud de la presunción de exactitud del registro proclamada en los artículos 38 y 39 de la Ley Hipotecaria, negocio traslativo para cuya creación es indispensable la existencia de un sujeto adquirente, primordial presupuesto que no concurre puesto que si "P., SA" no había nacido como persona jurídica al tiempo en que el embargo se produjo mal podía tener en su patrimonio los bienes en cuestión. Segunda. La posibilidad de convertir en el curso de su fundación a la sociedad anónima en sociedad civil dotada de personalidad, es descartada por las voces más numerosas entre los autores, a cuyo parecer ante la falta de inscripción registral no puede darse paso a una figura societaria regular o irregular o de otra clase, porque ello pugnaría con la voluntad de los socios y con su derecho a la restitución de las aportaciones realizadas, sino que ha de ser aplicada en todo su alcance la normativa de la Ley de 17 de julio de 1951, como apuntó la Sentencia de 6 de febrero de 1964. Tercera. Si la falta de inscripción de una sociedad anónima, sin perjuicio de que el contrato vincule a los socios, "implica su inexistencia para terceros" como reitera la Sentencia de 9 de marzo de 1981, es manifiesto que solo a partir del acceso de la escritura al Registro Mercantil pudo adquirir la sociedad de que se trata el dominio de las fincas aportadas por el ejecutado, "de donde se sigue que al ser embargadas en fecha anterior a la inscripción determinadora de la personalidad jurídica de la demandante, esta no era propietaria, y consiguientemente la tercería de dominio, que implica el ejercicio de una acción reivindicatoria, no puede prosperar, pues falta la prueba de ser la actora titular del dominio de las fincas embargadas al practicarse la traba".»

En cuanto a la posibilidad de que la sociedad se constituya, con la creación de una deuda equivalente a la diferencia del importe del valor de la finca con respecto al 80 por 100 del capital social, la respuesta es afirmativa. Como bien tiene señalado la DGRN, entre otras en su Resolución de 3 de abril de 1991, «cabe recordar que una de las máximas preocupaciones de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, puesta de relieve en la Exposición de Motivos y plasmada, entre otras, en los artículos 8.º, 11.4.º, 17, párrafo segundo, 20, 21, apartado c), 29, 31, 32 y 33 de la misma, fue la de asegurar la efectividad de las aportaciones realizadas a cambio de las acciones recibidas, ya que la aportación se hace no solo en interés de la sociedad para integrar su propio patrimonio, sino también en interés de los acreedores, que tienen su garantía la cifra de capital social de la compañía, el cual, como fondo de responsabilidad que es, debe tener una correspondencia mínima con las aportaciones realmente hechas, integrantes del patrimonio social. Las cautelas legalmente previstas respecto de las aportaciones no dinerarias están especialmente encaminadas a conjurar el peligro que siempre encierran estas "de traducir en cifra de capital prestaciones ficticias o valoradas con exceso; por donde se descubre la posibilidad de que la sociedad nazca a la vida del Derecho con un patrimonio de valor inferior al que indica la cifra del capital, con el consiguiente engaño para los acreedores y para los futuros accionistas" (Exposición de Motivos de la ley mencionada). CUARTO. La circunstancia de que en este caso el pago de parte del precio de adquisición del bien aportado se encuentre aplazado y a los aportantes se les adjudiquen acciones por una cantidad equivalente a la diferencia existente entre el valor dado a dicho bien cuya propiedad pasa a la sociedad en virtud del negocio constituido y la parte del precio del mismo no pagada –a cuyo abono se obliga unilateralmente la sociedad–, no permite considerar que se trate de una aportación ficticia o sobrevalorada. Y nada impide que la sociedad nazca con deudas cuando la cifra

del capital social se halle respaldada por suficientes activos patrimoniales –apreciados conforme a las normas ya citadas tendentes a garantizar su efectividad–, pues como ya declarara esta Dirección General en la Resolución de 17 de noviembre de 1989 (RJ 1989\7935), es posible en nuestro sistema de transmisión de bienes a cambio del compromiso del adquirente de abonar a su vencimiento determinadas deudas del transmitente (*vid.* arts. 609, 1.254, 1.255, 1.261, 1.271 y 1.274 CC) o como negocio mixto de transmisión de un activo a título de aportación y, a la vez, en contraprestación del compromiso interno que asume la sociedad de pagar a su vencimiento determinadas deudas del aportante».

3. Existencia de fundador oculto.

En principio, y como nos comenta nuestro cliente, el segundo socio, que suscribe únicamente el 20 por 100 del capital social, actúa únicamente a los efectos de cumplir el requisito legal de concurrencia de al menos dos socios fundadores, siendo, en realidad, uno de los testaferros del menor emancipado y aportando capital del propio Pedro.

Sin embargo, hemos de advertir que esta intervención puede ser alegada como causa de nulidad [art. 34.1 d) LSA] por no concurrir la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, ya que este segundo socio fundador, aunque comparece en nombre propio, en realidad lo hace por cuenta del menor, no teniendo, en consecuencia, voluntad de constituir una sociedad anónima.

Así lo ha establecido igualmente el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 13 de junio de 1986:

«Que sin entrar en la cuestión doctrinal referente a la naturaleza jurídica del negocio fundacional de una sociedad anónima, ya se utilice el concepto de contrato plurilateral para distinguirlo de los bilaterales propiamente dichos, con sinalagma genético y funcional, ora se abandone la tesis contractualista para hablar de acto colectivo, en todo caso será indispensable para la existencia legal del negocio o acto constitutivo cuando se trate de la fundación simultánea o por convenio (art. 10 de la ley), una declaración de voluntad creativa, seriamente emitida, con el designio de someter unos bienes que se hacen comunes a la disciplina jurídica de la sociedad, persiguiendo un fin de lucro que habrá de obtenerse mediante el desarrollo de una determinada actividad a cuyo servicio se ponen aquellos, requisito inexcusable al que conviene la clásica denominación de *affectio societatis* y sin cuya concurrencia no puede tenerse por producido el consentimiento ni por eficaz el negocio jurídico constitutivo de una sociedad, cualquiera que sea su forma (arts. 1.665 CC y 116 CCom.), por lo que es manifiesto que también en este campo resulta de plena aplicación la normativa general sobre los vicios de la voluntad y la de los negocios causalmente defectuosos por simulación, que será relativa cuando la causa figurada o aparente no coincida con la real; como acontece en el caso debatido, pues se está en presencia de tal modalidad simulatoria toda vez que el negocio verdaderamente querido ha quedado velado o disimulado por la figura aparente de la constitución de una sociedad anónima.»

4. Obligaciones de los fundadores.

En cuanto a las obligaciones que competen a los socios fundadores, la ley establece las siguientes:

1. Solicitar o practicar la liquidación y hacer el pago de impuestos y gastos correspondientes.
2. Presentar a inscripción en el Registro Mercantil del domicilio social la escritura de constitución en el plazo de dos meses a contar desde el otorgamiento.
3. En su caso, presentar la escritura de constitución en el Registro de la Propiedad correspondiente si es que se aportaran bienes inmuebles o derechos reales en la constitución.

En cuanto a las obligaciones tributarias derivadas del acto de constitución hay que señalar las siguientes ineludibles:

1. Presentación de la declaración censal de comienzo de la actividad (Modelo 036).
2. Solicitud del CIF provisional, tarjeta identificativa y pegatinas, en el plazo de los 30 días siguientes al otorgamiento de la escritura; una vez inscrita la escritura de constitución en el Registro Mercantil, se acudirán nuevamente a Hacienda para obtener el CIF definitivo. El Modelo también es el 036, y si bien antes la tarjeta y pegatinas las daban en el acto, ahora las envían directamente al domicilio fiscal designado, facilitándote únicamente en el momento de presentación del Modelo 036 el número de CIF, en el ejemplar que se queda el sujeto pasivo.
3. La autoliquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad operaciones societarias (Modelo 600), en el plazo de los 30 días siguientes al otorgamiento de la escritura, que será el equivalente al 1 por ciento del importe del capital emitido.

5. Responsabilidad de los socios fundadores.

Los fundadores responden solidariamente frente a la sociedad, socios y terceros.

En el caso de que la escritura de constitución se presente transcurrido dos meses desde el otorgamiento, responderán, solidariamente, por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de dicha obligación.

La persona que alegue los daños y perjuicios deberá probar de forma objetiva el incumplimiento, el daño ocasionado y el nexo causal entre ambos, no siendo necesario, en el caso de los socios fundadores, la existencia de algún tipo de culpa como sí que sucede con los administradores.

El plazo de prescripción para el ejercicio de la acción para exigir responsabilidad por este incumplimiento es el de cuatro años (por analogía con la acción contra los administradores).

6. Sociedad en formación. Responsabilidad.

Hasta que no se produzca la inscripción en el Registro Mercantil, podemos concluir que esta sociedad es una de las denominadas «sociedad en formación», ya que se habrá constituido en escritura pública, pero no habrá sido inscrita.

Como dice el artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas, por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubieren 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.

Por todo ello, la responsabilidad derivada de los actos y contratos anteriores a la inscripción corresponderá, solidariamente, a quien los hubiera celebrado.

Así que, en el caso de obtener un préstamo antes de la inscripción, hay que tener en cuenta que las personas que en nombre de la sociedad lo hayan suscrito, responderán de forma solidaria y personal. No obstante lo anterior, si en el plazo de tres meses desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, esta acepta este contrato, pasará a responder la sociedad del mismo, liberándose aquellos de la responsabilidad inicial adquirida.

Obsérvese la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1995 que así se pronuncia:

«(...) Por lo que respecta a la aportación realizada en la escritura de 1 de febrero de 1989 ya se ha expuesto, al examinar el motivo cuarto, que el artículo 7.º no se refiere a las aportaciones efectuadas en la escritura de constitución de la sociedad, criterio coincidente con el de la recurrente que, en dicho motivo, manifiesta que «dicho precepto es aplicable exclusivamente a los contratos concluidos en nombre de la sociedad», por lo que solo ha de tratarse ahora de si, con referencia a la parte indivisa vendida en escritura de 7 de marzo de 1989, la sentencia impugnada infringe lo dispuesto en el artículo 7.º, cuestión que ha de resolverse negativamente porque la tesis sustentada por "Prensa del Principado, SA" ("El contrato existe y produce efectos jurídicos desde que se concierta, aunque tales efectos obliguen a distintos sujetos según que la sociedad se haya inscrito o no") contraría el principio básico del precepto, cual es la subordinación de la validez de los contratos concluidos en nombre de la sociedad antes de su inscripción registral a este requisito y a la aceptación por la sociedad dentro del plazo de tres meses, que conduce a la consideración como inválidos de aquellos contratos, no obstante la posibilidad de su eficacia posterior si llegan a cumplirse las exigencias legales, debiendo notarse que la relativa a la inscripción obedece a la finalidad de proteger los derechos de terceros, aspecto no valorado suficientemente en la Sentencia de 31 de enero de 1990 invocada por la recurrente y que resulta decisivo, sin que ello se oponga a que, en las relaciones entre los gestores de la sociedad y las personas con que hubiesen contratado en nombre de esta, se responsabilice a aquellos de las consecuencias de haber contratado en un momento en que la sociedad, en rigor, no tenía existencia legal. Aplicando lo expuesto al caso que nos ocupa, ha de concluirse que no se produjo transmisión dominical mediante la escritura de 7 de marzo de 1989, precisamente por la falta de personalidad jurídica de la sociedad en aquella fecha y la invalidez del contrato –lo que no implica la calificación del contrato como fraudulento–, dado que la inscripción no se realizó hasta el 14 de abril de 1990, o sea incluso con posterioridad a la interposición de la demanda de tercería (24 de noviembre de 1989), por todo lo cual ha de perecer el motivo.»

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- RDLeg. 1564/1989 (TRLSA), arts. 10, 15 y 34.1 d).
- Código Civil, arts. 323, 609, 1.254, 1.255, 1.261, 1.271, 1.274 y 1.665.
- Código de Comercio, art. 116.