



Tema 8. Las Sociedades de Capital Constitucional

Fundamentos de Derecho Mercantil (Universidad Pontificia Comillas)

Tema 8. Las Sociedades de Capital Constitucional

CONSTITUCIÓN SIMULTÁNEA Y SUCESIVA

El término fundación se refiere al proceso de constitución plena de una sociedad. Puede revestir la forma de simultánea (válido tanto para sociedad anónima o limitada) y sucesiva (sólo para sociedades anónimas).

La fundación simultánea se caracteriza por realizarse en un solo acto a través de los denominados fundadores, personas que han de contar con la capacidad general para contratar, la general del Código Civil, que a su vez de la exigida por la contratación mercantil.

La fundación sucesiva se llevará a cabo mediante la suscripción por parte de los fundadores de la totalidad de las acciones o participaciones, llevando a cabo los preceptivos desembolsos que serán al menos del 25% del valor nominal de las acciones (en sociedades anónimas) o de la totalidad de las participaciones (en sociedades limitadas), el otorgamiento de la escritura pública, en la que habrán de incluirse los estatutos sociales, y su inscripción en el Registro Mercantil.

Promotores o fundadores

Los fundadores, por tanto, quienes emprenden, inician, la labor de constitución de la sociedad, tienen una serie de obligaciones y derechos que conforman su estatuto.

- Suscribir la totalidad de las acciones o participaciones en la forma convenida.
- Desembolsar al menos el 25% de las acciones y el 100% de las participaciones.
- Responder de la realidad y corrección de la valoración de las aportaciones dinerarias en caso de que existan.
- Invertir de forma adecuada los fondos destinados a constituir la sociedad.
- Llevar a cabo cuantos actos resulten necesarios para finalizar correctamente el proceso con la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil y su publicación en su boletín (BORME) en el plazo legalmente establecido para ello, donde solo pueden acceder los documentos públicos.

En cuanto a los derechos de los fundadores, en las sociedades anónimas tienen la posibilidad de reservarse los Estatutos de la sociedad, derechos especiales de contenido económico, cuyo valor en conjunto, cualquiera que sea su naturaleza, no podrá exceder del 10% de los beneficios netos obtenidos conforme a balance una vez deducida la cuota destinada a reserva legal, y por un periodo máximo de 10 años. Este derecho se denomina “ventajas de los fundadores” y son susceptibles de transmisión.

Acudir a la fundación sucesiva es de carácter voluntario, salvo en aquellos supuestos de promoción pública de acciones o de constitución a través de intermediarios financieros. También es obligatorio acudir cuando no se alcance la cifra de capital mínimo, esto es 3000€.

La fundación sucesiva se lleva a cabo a través de los promotores, a diferencia de la simultánea que se lleva a cabo por medio de los fundadores. Para que la sociedad llegue a inscribirse en el registro mercantil se deben realizar una serie de pasos más complejos que en la simultánea.

1. Comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores del Proyecto de emisión de la sociedad anónima a constituir.
2. Redacción del Programa De Fundación con las condiciones que se estimen oportunas por parte de los promotores, y en todo caso, con el siguiente contenido:
 - a. Nombre, apellidos, nacionalidad y domicilio de los promotores.
 - b. Texto literal de los estatutos que deban regir la sociedad.

- c. Plazos, condiciones para la suscripción de acciones y entidad de la suscripción donde deberán desembolsar la suma de dinero que están obligados a entregar.
 - d. Si hay aportaciones no dinerarias, el programa hará mención de su naturaleza y valores, del momento en que deban efectuarse y el nombre o denominación social de los aportantes. Se mencionará expresamente el lugar en que estarán a disposición de los suscriptores la memoria explicativa y el informe técnico sobre la valoración de las aportaciones no dinerarias previsto en la Ley de Sociedades de Capital.
 - e. El Registro Mercantil en el que se efectuó el depósito del programa de fundación y folleto informativo de la emisión de acciones.
 - f. El criterio para reducir las suscripciones de acciones en proporción a las efectuadas, cuando el total de aquellas rebase el valor o cuantía del capital.
3. Habrá de incluir finalmente un extracto con el resumen del contenido del programa.
 4. Depósito en la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).
 - a. Copia completa del programa de fundación suscrito por todos los promotores, legitimada notarialmente.
 - b. Informe técnico sobre la viabilidad de la sociedad.
 - c. Documentos que recojan las características de las acciones a emitir y los derechos de los suscriptores.
 - d. Folleto informativo conforme a la normativa de la CNMV y suscrito por todos los promotores.
 5. Depósito en el Registro Mercantil de un ejemplar impreso del programa, un ejemplar impreso del folleto informativo y el certificado que acredite el depósito previo en el CNMV.
 6. Publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME), tanto del hecho del depósito como del carácter público que tiene su consulta, así como un extracto de contenido de los documentos.
 7. Publicidad adicional: una vez llevados a cabo estos pasos, se podrá llevar a cabo cualquier publicidad adicional de la sociedad proyectada.
 8. Suscripción y desembolso de acciones: se suscribirán las acciones sin modificación alguna de lo previsto al respecto en el programa de fundación y en el plazo previsto en el mismo, desembolsando el 25% del valor nominal de cada una al nombre de la sociedad proyectada en la entidad bancaria designada. Si las aportaciones fueran no dinerarias, habrán de llevarse a cabo en la forma prevista en el programa.
 9. Formalización de la Lista de Suscriptores: por parte de los promotores y ante el notario en el plazo de un mes desde el día en que finalizó la suscripción. Habrán de indicarse los datos de identificación, el número de acciones que corresponde a cada uno, su clase y serie, su valor nominal, y la entidad o entidades de crédito donde se encuentren depositados el total de los desembolsos recibidos.
 10. Redacción del Boletín del Suscriptor: se hará constar la suscripción de acciones mencionando al menos:
 - a. La denominación de la futura sociedad.
 - b. La referencia a la CNMV y al Registro Mercantil y el proyecto informativo, así como la indicación del BOE donde se haya publicado el extracto.
 - c. Nombre y apellidos, o razón o denominación social, la nacionalidad y el domicilio del suscriptor.
 - d. El número de acciones que suscribe, el valor nominal de cada una, su clase y serie, si existieren varias.
 - e. La expresa aceptación por parte del suscriptor del contenido del programa de fundación.
 - f. La identificación de la entidad de crédito en la que, en su caso, se verifiquen las suscripciones y se desembolsen los importes mencionados en el boletín de suscripción.

g. Fecha y firma del suscriptor.

11. A cada suscriptor se le hará entrega de una copia del boletín del suscriptor habiendo de quedar un ejemplar en el poder de los promotores.
12. Junta constituyente: se habrá de convocar en el plazo de 6 meses desde el depósito del programa de fundación y del folleto informativo. La convocatoria se llevará a cabo por medio de carta certificada con al menos 15 días de antelación. El día de su celebración estará presidida por el promotor primer firmante del programa de la fundación. Para que exista junta los suscriptores deben representar al menos el 50% del total del capital suscrito.
13. Escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil: en el plazo de un mes desde la celebración de la junta, las personas designadas otorgaran ante notario la escritura pública de constitución, en el Registro Mercantil, en el plazo máximo de dos meses desde el otorgamiento de la escritura.

Todos estos pasos se resumen en un simple contrato.

Una oferta de acciones en el Mercado de Valores se concibe con carácter obligatorio cuando estamos ante sociedades cotizadas. El obligado a llevar a cabo tal oferta pública de adquisición (OPA) será aquel que alcance el control de una sociedad cotizada mediante la adquisición de acciones u otros valores que confieran, directa o indirectamente el derecho a la inscripción o adquisición de acciones con derecho a voto en dicha sociedad; mediante pactos parasociales con otros titulares de valores; o como consecuencia de los demás supuestos análogos que reglamentariamente se establezcan.

Esta obligación se aplica solo para sociedades con domicilio social en España cuyas acciones estén en todo o en parte admitidas a negociación en un mercado secundario oficial español.

Requisitos especiales de la fundación sucesiva de sociedades limitadas

- Deberá destinarse a la reserva legal una cifra de al menos igual al 20% del beneficio del ejercicio sin límite de cuantía.
- Una vez cubiertas las atenciones legales o estatutarias sólo podrán repartirse dividendos a los socios si el valor del patrimonio neto no es o no resultare inferior al 60% del capital legal mínimo.
- La suma anual de las retribuciones a los socios y administradores por el desempeño de tales cargos no podrá exceder del 20% del patrimonio neto del ejercicio presente.
- En caso de liquidación, voluntaria o forzosa, si el patrimonio de la sociedad fuera insuficiente para atender al pago de sus obligaciones, los socios y los administradores de la sociedad responderán solidariamente del desembolso de la cifra de capital mínimo establecida en la ley.
- No será necesario acreditar la realidad de las aportaciones dinerarias de los socios en la constitución de sociedades de responsabilidad limitada de formación sucesiva.

Contrato (simultaneo) o proceso de constitución sucesiva + escritura pública + inscribirlo en el Registro Mercantil y en el BORME.

ESCRITURA PUBLICA DE CONSTITUCION DE UNA SOCIEDAD CAPITALISTA

La escritura de constitución de una sociedad es aquel documento, elevado a público ante notario, en el que las partes incluyen las menciones necesarias para llevar a cabo una correcta constitución de la sociedad, así como los estatutos de la misma.

Ha de ser otorgada por todos los socios personales, fueran estas personas físicas o jurídicas. Podrán comparecer ante el notario para otorgar la escritura tanto por sí como

por medio del representante, y habrán de asumir la totalidad de las participaciones sociales (S. Limitada), acreditando el desembolso del 100% del valor nominal de las participaciones o, en su caso, de, al menos, el 25% del valor nominal de las acciones (S. Anónima).

1. Identidad del socio o socios: personas físicas con el nombre, apellidos, edad, profesión, estado civil, nacionalidad y domicilio o personas jurídicas con la nacionalidad y la denominación y el domicilio social.
2. Voluntad de constituir una sociedad de capital, con la elección de un tipo social determinado.
3. Aportaciones de cada socio y la numeración de las participaciones o acciones atribuidas a cambio.
4. Identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación de la sociedad.
5. Consentimiento
6. Otros pactos

Para el caso de que la sociedad fuera de responsabilidad anónima, la escritura de constitución habrá de contener además la referencia expresa a la cuantía total de los gastos de constitución satisfechos, así como la de los gastos previstos hasta la inscripción. Además, se podrán incluir, como menciones voluntarias, todos los pactos y condiciones que estimen convenientes siempre que no sean contrarios a la ley o a la propia configuración de la sociedad anónima.

Para el caso de que la sociedad fuera limitada, habrá de contener además la expresión del modo concreto en que se organice inicialmente la administración siempre y cuando los estatutos prevean diferentes alternativas a la hora de fijar la estructura del órgano de administración.

ESTATUTOS SOCIALES

Los estatutos sociales son el documento donde se hace constar por parte de los socios las normas básicas de funcionamiento interno que rigen una sociedad.

- 1) Denominación social
- 2) Razón social (Sociedad Limitada o Anónima)
- 3) Domiciliación social
- 4) Capital social: participaciones/acciones/valor nominal/clase o serie → configuración (plazo de desembolso de dividendos pasivos en la sociedad anónima)
- 5) Objeto social
- 6) Modo o modos de organizar la administración de la sociedad
- 7) Modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad
- 8) Duración de la sociedad, que puede variar
- 9) Fecha del comienzo de las operaciones
- 10) Fecha de cierre del ejercicio social
- 11) Régimen de prestaciones accesorias
- 12) Ventajas de los fundadores y promotores (en qué consiste y qué plazo máximo tienen)
- 13) Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones
- 14) Todos los pactos que libremente quieran introducir las partes
- 15) Prestaciones accesorias

NULIDAD DE LA SOCIEDAD. CAUSAS Y EFECTOS DE LA SOCIEDAD DE HECHO

1. Regulación CC + LSC (Ley de Sociedades de Capital → Arts. 56 y 57)
2. Causas:

- a. No haber concurrido la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal.
- b. Incapacidad de todos los socios fundadores.
- c. No expresarse en estatutos: denominación social, cifra capital social, objeto lícito o afín al orden público.
- d. No expresarse en la escritura de constitución las aportaciones de los socios.
- e. No desembolso íntegro del capital social en las sociedades de responsabilidad limitada y el desembolso mínimo en las sociedades anónimas.

3. Efectos:

- a. Apertura de la liquidación de la sociedad que habrá de seguir el procedimiento previsto en la ley para los casos de disolución.
- b. No afectará a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros, ni a la de los contraídos por estos frente a la sociedad, sometiéndose unas y otros al régimen propio de la liquidación.
- c. En las sociedades limitadas cuando la sociedad sea declarada nula por no haber desembolsado el capital en su totalidad, los socios estarán obligados a desembolsar la parte que haya quedado pendiente.
- d. En las sociedades anónimas, cuando el pago a terceros se declare nulo, los socios estarían obligados a desembolsar la parte que hubiera quedado pendiente.

Una vez se aprecie la existencia de una causa de nulidad, cualquier persona podrá instar la acción de nulidad de la sociedad ante el juzgado de lo mercantil del domicilio social de la misma.

APORTACIONES DINERARIAS Y EN ESPECIE. CONTROL Y SANEAMIENTO

Se pueden definir las aportaciones como aquella cantidad de dinero o aquellos bienes o derechos susceptibles de valoración económica que los socios entregan a la sociedad a cambio de la participación en un porcentaje del capital social de la misma proporcional al valor de lo aportado.

Dinerarias: consisten en la entrega de dinero. Habrán de establecerse en euros, y si se hicieran en otra moneda, habrá de determinarse su equivalencia en euros.

No dinerarias: consisten en bienes, industria o derechos susceptibles de valoración económica. Es distinto en las sociedades anónimas y en las limitadas.

Se entiende por prestaciones accesorias aquellas obligaciones asumidas por socios o accionistas, y que son distintas de las aportaciones. Se consideran también prestaciones accesorias las eventuales cláusulas penales inherentes al incumplimiento de las obligaciones que representan las mismas.

En las aportaciones no dinerarias se plantean tres problemas: el régimen de saneamiento de lo aportado, la realidad y valoración de lo aportado y el régimen de responsabilidad con respecto a la valoración llevada a cabo.

DIVIDENDOS PASIVOS. MORA DEL ACCIONISTA

Se pueden definir los dividendos pasivos como aquel porcentaje del valor nominal de las acciones de una sociedad anónima que no ha sido desembolsado al tiempo de constituir la sociedad o, en su caso, de ejecutar un aumento del capital social. En realidad, se trata de las aportaciones pendientes de llevar a cabo por parte de los accionistas para desembolsar por completo las acciones suscritas.

Cuando en una sociedad anónima se produzcan dividendos pasivos, el accionista deberá aportar a la sociedad la porción de capital que hubiera quedado pendiente de desembolso en la forma y dentro del plazo previsto por los estatutos sociales.

La mora del accionista es la situación en que se encuentra éste cuando no abone los dividendos pasivos una vez vencido el plazo que se hubiera establecido para el pago de dicha porción de capital no desembolsado.

Los efectos de la mora del accionista son los siguientes:

- Con respecto a los derechos políticos, el accionista moroso:
 1. No podrá ejercitar su derecho a voto, debiendo ser deducido el importe de sus acciones del capital social para determinar el cómputo del quorum de la junta general de accionistas.
 2. No podrá ejercer el derecho a impugnar los acuerdos sociales en caso de que fueran anulables. En cambio, si podrá impugnar los acuerdos sociales cuando fueran nulos.
- Con respecto a los derechos económicos, el accionista moroso:
 1. No podrá percibir dividendos (no se le suprime el derecho, sólo se le suspende y podrán ser compensados con la cuantía adeudada en concepto de dividendos pasivos reduciendo así la cuantía por desembolsar).
 2. No podrá ejercer el derecho a la suscripción preferentes de nuevas acciones ni de obligaciones convertibles.
 3. Una vez abonado el importe de los desembolsos pendientes junto con los intereses podrá el accionista reclamar el pago de los dividendos no prescritos, pero no podrá reclamar la suscripción preferente, si el plazo para su ejercicio ya hubiere transcurrido.

La sociedad podrá llevar a cabo diversas actuaciones en relación al accionista moroso. Así, podrá reclamar el cumplimiento de la obligación de desembolso, con abono del interés legal y de los daños y perjuicios causados por la morosidad o enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso.

La sociedad podrá, ante el incumplimiento definitivo de la obligación de desembolso en plazo de los dividendos pasivos, proceder a la venta de las acciones.

Como ultima alternativa, si la venta no pudiese efectuarse, la acción será amortizada, con la consiguiente reducción del capital, quedando en beneficio de la sociedad las cantidades ya desembolsadas.

Aquel que adquiere acciones no liberadas, va a responder solidariamente con todos los transmitentes que le precedan y a elección de los administradores de la sociedad, del pago de la parte no desembolsada. El adquiriente que pague podrá reclamar la totalidad de lo pagado de los adquirientes posteriores.

Esta responsabilidad tendrá una duración de tres años desde la fecha en que se llevará a cabo la transmisión de que se trate.

Cualquier pacto que pudiera llevarse a cabo en relación a excluir o modificar el régimen de responsabilidad solidaria legalmente establecido será nulo.

(Saneamiento de aportación en especie: cuando se entrega un bien defectuoso se aporta otro con las mismas características o por el mismo bien en buenas condiciones).

ACCIONES Y PARTICIPACIONES. CLASES Y REPRESENTACIÓN. COMPRA-VENTA. RESTRICCIONES Y DERECHOS REALES

Las acciones y participaciones son partes iguales, alícuotas y proporcionales del capital social. Se caracterizan por la indivisibilidad (no son susceptibles de fraccionarse en

nuevas acciones) y la acumulabilidad (una misma persona puede ser titular de una pluralidad de acciones). Forman parte del capital social, son fracción del mismo, escriturado y reflejado en los estatutos sociales.

El capital social se divide en acciones, en el caso de una sociedad anónima, bien en participaciones sociales en el de una limitada. Tienen un valor fraccionado, que es parte alícuota de la totalidad del capital social (valor nominal). El valor nominal permite calibrar y medir los derechos que un socio tiene en la sociedad. Todas las participaciones y acciones sumadas arrojan la cifra del capital social. Ahora bien, no toda acción de una sociedad tiene idéntico valor nominal. Una sociedad anónima puede a lo largo de su vida emitir distintas series de acciones con distintos valores nominales.

Desde el punto de vista de la acción de una sociedad anónima, es clásica la división del estudio de la acción desde tres ámbitos o dimensiones: como parte del capital, como conjunto de derechos del socio o como título-valor.

Tanto la participación social como la acción confieren a su titular legítimo la condición de socio atribuyéndole en consonancia los derechos tanto de contenido político administrativo como económico patrimoniales que la ley y los estatutos otorgan al socio. La condición de socio se une a la titularidad dominical legítima bien de la acción bien de la participación social.

Derechos de los socios

- Participar en las ganancias sociales y el patrimonio resultante en caso de liquidación de la sociedad.
- Adquirir preferentemente acciones o participaciones cuando las mismas se emitan.
- Derecho de información, de asistencia, de voto en las juntas, de impugnación de acuerdos sociales.

Hay diferentes clases de acciones y participaciones, así, las sociedades pueden emitir o crear acciones o participaciones con diverso contenido de derechos, de modo que otorgan derechos diferentes.

Las acciones se pueden representar en diferentes modos. La primera, de raigambre tradicional, es el título valor. La segunda, fruto de la tecnología informático contable, es la anotación en cuenta (manifestación en cierto sentido de lo que la doctrina sobre todo foránea ha acuñado como derecho - valor, despojado el título, sigue permaneciendo no obstante el derecho).

Existen tres modelos de representación de las acciones a los que corresponden otros tantos modelos de transmisión y legitimación:

- Representación común: opera a través de documentos meramente probatorios de la existencia de la acción.
- Representación tabular: se instrumenta a través de anotaciones en cuenta. El mecanismo especial de circulación al que recurre es la transferencia contable. El régimen jurídico de este sistema se halla en la Ley de Mercado de Valores.
- Representación cartular: se vertebra sobre la base del título - valor. Organiza la circulación en torno a la tradición y/o al endoso, acompañados del correspondiente contrato causal. Este sistema se halla regulado en la Ley de Sociedades de Capital.

El régimen de transmisión de participaciones que pergeña la ley distingue entre transmisiones voluntarias y no voluntarias, sean éstas forzosas, sean transmisión *mortis causa*. Formalmente, se exige que toda transmisión conste en documento público.

EMISIÓN DE OBLIGACIONES. CONCEPTO DE EMPRÉSTITO Y REQUISITOS DE EMISIÓN

Las obligaciones son las partes iguales en las que se divide un empréstito. El empréstito es el prestamos que hacen terceros a la sociedad, beneficiaria del mismo, a cambio, generalmente, de que, transcurrido un plazo, la sociedad devuelva a ese tercero, denominado obligacionista, la cantidad recibida más un interés pactado.

El importe total de las emisiones de la SL no podrá ser superior al doble de sus recursos propios, salvo que la emisión esté garantizada con hipoteca, con prenda de valores, con garantía pública o con un aval solidario de entidad de crédito.

En los supuestos que prevea la legislación especial aplicable a las emisiones de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen deuda, será necesaria constitución de una asociación de defensa o sindicato de obligacionistas y la designación de una persona que concurra al otorgamiento del contrato de emisión en nombre de los futuros obligacionistas.

En cuanto a la forma de emisión de las obligaciones, se harán constar en escritura pública que será otorgada por el representante de la sociedad y por una persona que, con el nombre de comisario, represente a los futuros obligacionistas.

La escritura pública de emisión deberá contener las siguientes menciones:

1. La identidad, el objeto social y el capital de la sociedad emisora, con expresión de si está íntegramente desembolsado. Si tuviera obligaciones en circulación, se harán constar aquellas emisiones de obligaciones que estén total o parcialmente pendientes de amortización, de conversión o de canje, con expresión del importe.
2. La expresión del órgano que hubiera acordado la emisión y la fecha en que se hubiera adoptado el acuerdo.
3. El importe total de la emisión y el número de obligaciones que la integran, con expresión de si se representan por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta.
4. El valor nominal de las obligaciones que se emiten, así como los intereses que devenguen o la fórmula para determinar el tipo, las primas, lotes y demás ventajas si los tuviere.
5. El reglamento de organización y funcionamiento del sindicato de obligacionistas y de sus relaciones con la sociedad emisora.
6. El régimen de amortización de las obligaciones, con expresión de las condiciones y de los plazos en que tenga lugar.
7. Si se emitieran obligaciones especialmente garantizadas, la escritura expresará, además, las garantías de la emisión.

En cuanto a la forma de representación de las obligaciones, éstas podrán representarse por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. Las obligaciones por medio de títulos podrán ser nominativas o al portador; tendrán fuerza ejecutiva y serán transferibles con sujeción a las disposiciones del Código de Comercio y a las leyes aplicables. Las obligaciones representadas por medio de anotaciones en cuenta se regirán por la normativa reguladora del mercado de valores.

Los títulos de una emisión deberán ser iguales y contener:

- a) Su designación específica.
- b) Las características de la sociedad emisora y, en especial, el lugar en que ésta ha de pagar.
- c) La fecha de la escritura de emisión y la designación del notario y protocolo respectivo.
- d) El importe de la emisión, en euros.
- e) El número, valor nominal, intereses, vencimientos, primas y lotes del título, si los tuviere.
- f) Las garantías de la emisión.

g) La firma por lo menos, de un administrador.

Obligaciones convertibles: aquellas en las que, al transcurrir el plazo pactado, el obligacionista, en lugar de recibir la cuantía de dinero entregada a la sociedad más un interés, recibe el equivalente a esa cuantía en forma de entrega de acciones. Así el obligacionista pasa a convertirse en accionista.

Acordada la emisión de las obligaciones, la sociedad emisora procederá al nombramiento del comisario, que deberá ser persona física o jurídica con reconocida experiencia en materias jurídicas o económicas.