

FINANCIACIÓN DE LA SOCIEDAD MERCANTIL
EN FORMACIÓN: DIFICULTADES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS
("FINANCING OF ON-GOING CORPORATIONS:
THEORETICAL AND PRACTICAL DIFFICULTIES")

Autor

Jorge Sáez-Santurtún, notario de Madrid

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.

Universidad Complutense

Ciudad Universitaria s/n

28040 Madrid

e-mail autor: notario@notariajorgesaez.es

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense

<http://www.ucm.es/eprints>

Copyright © 2016 por el autor

**FINANCIACIÓN DE LA SOCIEDAD MERCANTIL EN FORMACIÓN:
DIFICULTADES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS¹**

**(“FINANCING OF ON-GOING CORPORATIONS: THEORETICAL
AND PRACTICAL DIFFICULTIES”).**

JORGE SÁEZ-SANTURTÚN, NOTARIO DE MADRID

Departamento de Derecho Mercantil. UCM

Resumen: un breve estudio, desde un punto de vista mercantil, de las dificultades teóricas y prácticas a las que se enfrenta la financiación de la sociedad mercantil en formación, rechazando los obstáculos sin suficiente sustento normativo, y advirtiendo los riesgos en ocasiones inadvertidos de su régimen jurídico.

Palabras Clave: sociedad en formación, escritura, registro de propiedades, responsabilidad diferencial.

Abstract: This brief analysis refers, from a commercial law point of view, to the theoretical and practical difficulties which financing of on-going corporations has to face up, rejecting obstacles lacking of sufficient legal basis, and advising of unnoticed risks.

Keywords: on-going corporations, deed, properties register, differential liability.

¹ Este trabajo se corresponde con la *Lecture* “Financing of on-going corporations: theoretical and practical difficulties”, impartida por el autor en el XIII Congress Harvard-Complutense, que tuvo lugar en la Harvard Law School (Cambridge-MA), los días 21, 22 y 23 de septiembre de 2015. Este Congreso se celebró gracias al patrocinio del Colegio Notarial de Madrid, Banco Santander, Bolsas y Mercados Españoles, DLA Piper, CUNEF y KPMG.

FINANCIACIÓN DE LA SOCIEDAD MERCANTIL
EN FORMACIÓN: DIFICULTADES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS
(“FINANCING OF ON-GOING CORPORATIONS:
THEORETICAL AND PRACTICAL DIFFICULTIES”)

I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA SOCIEDAD EN FORMACIÓN

El traspaso de recursos desde los agentes con capacidad de ahorro hacia aquellos que necesitan financiación, y en especial hacia las empresas, constituye la función última del sistema financiero, y constituye su aportación más fundamental a la actividad económica de un país.

En estos mismos términos lo reconoce la Ley española de Fomento de la Financiación Empresarial, Ley 5/2015, de 27 de abril, la cual por un lado pretende flexibilizar y facilitar la obtención de financiación cuando ésta se obtiene a través de la intermediación bancaria, y por otro pretende también facilitar a las empresas la obtención de financiación de forma directa en los mercados de capitales, evitándose así la excesiva bancarización a la que se atribuye una importante culpa en la crisis sufrida por la economía española en los últimos años.

Sin embargo, mi estudio no tiene por objeto directo estas cuestiones financieras, tan importantes, de las que se ocupan durante este seminario profesores y profesionales de gran experiencia en la materia. Mi estudio va a tener por objeto directo una materia mercantil, como son ciertas cuestiones del régimen en el derecho español de la sociedad en formación, y de cómo algunos aspectos de ese régimen pueden dificultar la financiación de la sociedad mercantil en sus momentos iniciales.

Todo ello en el intento de que futuras reformas legales de la financiación empresarial puedan valorar la rectificación o aclaración de estas cuestiones mercantiles, silenciadas en la Ley 5/2015.

Se llama sociedad en formación a la sociedad de capital (anónima o limitada) en el periodo temporal comprendido entre el otorgamiento de la escritura pública de su constitución ante notario público y la inscripción de la escritura en el

registro mercantil. A ella hacen referencia los arts. 36 a 38 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Recordemos que el art. 20 LSC señala que la constitución de las sociedades de capital (esto es, anónima, limitada o comanditaria por acciones) exige escritura pública, que deberá inscribirse en el registro mercantil.

El lapso de tiempo transcurrido entre el otorgamiento de la escritura y la inscripción registral ha sido tradicionalmente muy corto en nuestro país, sobre todo en comparación con el de otros sistemas y países. Por eso, la sociedad en formación tiene un aspecto de provisionalidad, que pierde con la inscripción registral.

Aun siendo en principio corto este plazo temporal, pueden surgir ya durante el mismo necesidades para los fundadores. Pensemos en la necesidad de contratar ya desde esta fase inicial ciertos servicios para el adecuado funcionamiento de la empresa (suministros, alquiler de oficina), o la eventual selección y contratación de personal, así como la inmediata obtención de medios de financiación.

Y puede necesitarse desde ya tanto una financiación bancaria (créditos, líneas de descuento o avales), como una financiación directa en mercados de capitales. Una emisión de obligaciones, por ejemplo, a la que tras la última reforma legal pueden recurrir también las sociedades limitadas, puede interesar desde esta fase inicial, en especial tratándose de empresas de cierta dimensión que proceden a constituir sociedades filiales.

También desde el mismo momento del otorgamiento de la escritura constitutiva, y en ocasiones incluso antes, ciertas empresas demandan financiación al público en general a través de plataformas tecnológicas de financiación participativa, esto es, lo que ha venido en denominarse el “*crowdfunding*” o financiación en masa, objeto de regulación también en alguna de de sus modalidades en la reciente ley española de 27 de abril de 2015.

Es evidente que al que financia, al que presta, al financiador, le interesa saber “con quién se la está jugando”. Querrá saber si al que presta es en realidad quien le debe. El prestamista querrá que el prestatario sea su deudor desde el principio, como sujeto plenamente responsable. Y, en ocasiones, querrá también que su deudor le preste especiales garantías reales desde un principio, lo que presupone reconocer a la sociedad deudora plena personalidad y capacidad para deber y adquirir desde el otorgamiento de la escritura constitutiva. Sin tener que esperar a la inscripción registral.

Dado el escaso plazo temporal que en España debe mediar, en principio, entre el otorgamiento de la escritura y la inscripción, ¿qué aplicación práctica tiene la problemática en torno a la sociedad en formación? A la vista de los diversos pronunciamientos en los tribunales, y en la Dirección General de los Registros y del Notariado, y a la atención prestada por distintos profesores en el ámbito docente, y en los despachos profesionales, entiendo que es al menos la suficiente como para que le prestemos un poco de atención.

Efectivamente, tras las reformas legales de los últimos años, que han impuesto la utilización de fulminantes medios electrónicos en la constitución de sociedades mercantiles, los plazos entre el otorgamiento de la escritura constitutiva y la inscripción registral son cada vez menores. Resulta claro que de esta forma se reducen los plazos para obtener la inscripción registral, y en consecuencia se reduce también la fase de la sociedad en formación, pudiendo llegar incluso a desaparecer en la práctica.

Junto a la presentación de la escritura constitutiva en el registro en la forma tradicional, esto es, a través de la copia autorizada en papel -en el plazo de dos meses- por los socios o administradores, hoy existen otras formas, electrónicas y telemáticas, las cuales además han ampliado el elenco de personas obligadas a solicitar la inscripción registral, y han reducido el plazo general de que dispone el registrador mercantil para calificar e inscribir (por lo general, quince días desde la presentación).

No me detendré en el estudio de la normativa referida a la tramitación telemática en la constitución de sociedades -fundamentalmente hoy contenida en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que ha derogado el anterior régimen contenido en el RDL 3-12-2010-, bastando ahora apuntar que el nuevo sistema sigue pivotando en la figura del notario, quien resulta obligado a remitir por medios telemáticos copia electrónica de la escritura al registro mercantil.

El plazo del registrador mercantil para inscribir se reduce a las seis horas hábiles desde la presentación si se utilizan los estatutos-tipo aprobados por el RD 421/2015, de 29 de mayo (rellenables con datos codificados, de forma que la información sea electrónicamente tratable).

En caso de no utilizarse los estatutos-tipo, la propia Ley 14/2013 distingue -art. 16- entre una inscripción "inicial" y una inscripción "definitiva". La inscripción inicial deberá practicarse en el plazo de seis horas, e indicará

exclusivamente ciertos datos (relativos a denominación, domicilio, objeto, capital y órgano de administración). La inscripción definitiva se practicará en el plazo de calificación ordinario (quince días), y se entenderá –dice el precepto- que “esta segunda inscripción vale como modificación de estatutos”.

En este novedoso régimen cabe preguntarse si la sociedad en formación pierde su carácter con la inscripción inicial o con la definitiva. Entiendo que ya con la inscripción inicial pierde la sociedad su carácter “en formación”, ya que la propia Ley se refiere a la primera inscripción con el término “inmatriculación”, y atribuye a la inscripción definitiva el valor de una “modificación de estatutos”.

En cualquier caso, tengamos presente que este régimen de constitución electrónica contenido en la Ley 14/2013 se aplica exclusivamente a las sociedades limitadas, quedando fuera de su ámbito las sociedades anónimas (a diferencia del régimen anterior, el del RDL de 2010, aplicable también a anónimas). En sociedades anónimas, por tanto, los plazos para inscribir no son tan fulminantes, manteniendo la sociedad en formación mayor vigencia práctica.

Por otro lado, otro supuesto práctico que puede darse de sociedad en formación, y no de forma excepcional, es el derivado de una calificación negativa del registrador mercantil, que impida la inscripción de la sociedad. Y esto tanto para los supuestos de constitución por medios telemáticos, como por los medios ordinarios.

Habría en estos casos de calificación registral negativa, hasta obtener la inscripción, una sociedad en formación. La inscripción se obtendría bien por la subsanación de los defectos apreciados por el registrador, o bien por la estimación por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado de un recurso gubernativo contra la calificación registral. Recordemos que interpuesto el recurso queda prorrogado hasta su resolución el asiento de presentación (art. 66 LH), impidiéndose con ello el que la sociedad en formación pueda devenir a sociedad irregular aun transcurrido un año sin resolverse el recurso.

Efectivamente, la Ley señala que la sociedad deviene irregular verificada la voluntad de no inscribir y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya “solicitado” su inscripción (art. 39 LSC). Con el plazo de un año pretende el legislador fijar un criterio objetivo verificador de la voluntad de no inscribir la sociedad.

En cualquier caso, parece no puede tratarse de peor forma a la sociedad que intentó inscribirse, aunque luego, por la razón que fuera, no lo consiguiera, que a la sociedad que ni siquiera intentó la inscripción. Por ello, las vicisitudes

registrales que impiden la inscripción, aunque no se recurran, si se producen dentro del año, no determinan, por sí solas, la entrada de la sociedad en situación de irregularidad, sino que habría esperar para ello al transcurso del plazo del año.

II. PERSONALIDAD DE LA SOCIEDAD EN FORMACIÓN: EL REGISTRO DE SUS PROPIEDADES.

Examinada la vigencia práctica que todavía tiene la sociedad en formación, veamos ahora su tratamiento legal para enjuiciar si éste es adecuado, en especial para atender sus necesidades de financiación, tan importantes en esta fase inicial.

En primer lugar, ¿tiene personalidad jurídica propia la sociedad en formación? La cuestión relativa a la personalidad jurídica de las sociedades, o de las personas jurídicas en general, es de los más recurrentes en nuestro derecho privado. Entiendo que a nuestros efectos basta ahora con recordar que junto a supuestos de personalidad que podríamos denominar básicos o comunes, se presentan otros en que la personalidad de la persona jurídica llega a ser realmente singular, en el sentido de que no guarda ya relación alguna con la de sus miembros componentes. Estaríamos en estos casos ante una personalidad jurídica perfecta, de entre cuyas manifestaciones más singulares están la ausencia de responsabilidad de sus socios por las deudas de la persona jurídica, y la tipificación de las facultades de sus representantes.

La literalidad de los textos legales mercantiles ha sido ciertamente confusa sobre esta cuestión, y además de manera reiterada. Así, la LSC (art. 33) señala que con la inscripción adquirirá la sociedad “la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido”. La voluntad del legislador no parece querer pasar por la distinción entre un concepto básico de personalidad y otros especiales.

En cualquier caso, hemos de preguntarnos si la sociedad en formación tiene personalidad jurídica, y, en caso afirmativo, si se trata o no de una personalidad evolucionada o perfecta.

La primera cuestión hemos de resolverla sin duda con carácter afirmativo. La sociedad en formación tiene personalidad jurídica propia, como resulta de su propio régimen legal, que le atribuye capacidad para contratar en nombre propio (“actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad”, art. 36 LSC), le impone responsabilidad por sus actos y contratos (“responderá la sociedad en formación”,

art. 37.1), le reconoce un patrimonio propio (“con el patrimonio que tuviere”, art. 37.1), y le permite adquirir bienes (“realizar toda clase de actos y contratos”, art. 37.3). Así lo ha reconocido el propio Tribunal Supremo, si bien de forma un tanto aislada e imprecisa (TS 8-06-1995 y 14-06-2007).

Respecto a si la personalidad de la sociedad en formación merece incluirse o no entre las denominadas “perfectas” o más evolucionadas, la cuestión exige examinar el régimen fijado por la ley en relación a las distintas responsabilidades que concurren en la sociedad en formación, lo que haremos más adelante.

Ahora me interesa destacar que incluso con una personalidad simplemente básica, o no perfecta, ha de ser posible la inscripción en los registros de la propiedad de bienes a nombre de la sociedad en formación. Es ésta una cuestión capital para la financiación de la sociedad, ya que generalmente la financiación va a exigir garantías reales, y éstas a su vez exigen inscripciones registrales de las mismas garantías y de los bienes sobre las que recaen.

En principio parecería que el problema no debiera ni siquiera suscitarse, ya que si la propia ley reconoce a la sociedad en formación capacidad para adquirir bienes, resulta evidente que también ha de reconocerle capacidad para inscribir y proteger registralmente sus propiedades.

Sin embargo, en la conocida Resolución de 22 de abril de 2000, la Dirección General de los Registros y del Notariado negó a la sociedad en formación aptitud para ser titular registral por sí misma de un inmueble adquirido, permitiendo la inscripción sólo a nombre de los socios fundadores, en un régimen *sui generis* de cotitularidad.

La Resolución fue muy criticada por la doctrina, por cuanto que, sin decirlo, venía a negar personalidad a la sociedad en formación, y además entendía aplicable el trasnochado art. 383 Reglamento Hipotecario. En realidad se entendió esta Resolución como una consecuencia de otra anterior, de 31-03-1997, que negó personalidad a la sociedad civil que no estuviera inscrita en el registro mercantil.

Y es que en la doctrina de la DG parecen ir de la mano la suerte de la sociedad en formación y la de la sociedad civil en orden a la posibilidad de inscribir sus bienes en los registros. Así, en una posterior Resolución de 14-02-2001 la DG rectificó su anterior doctrina respecto a la sociedad civil, y además reconoció expresamente personalidad a la sociedad en formación. Sin embargo, la RDGRN 26-01-2005 (a propósito de la inscripción de un arrendamiento financiero en el registro de bienes muebles) volvió a reiterar para la sociedad en formación lo

resuelto en la de 22-abril-2000. Y, más recientemente, la RDGRN 25-06-2012 ha vuelto a rectificar su última doctrina respecto a la personalidad de la sociedad civil, asumiendo de nuevo la doctrina de la Resolución de 31-03-1997, negando personalidad a la sociedad civil para ser titular registral de un inmueble (esta RDGRN 25-06-2012 ha sido posteriormente declarada nula por sentencia del Juzgado 1ª Instancia de Lugo de 14-02-2013).

No obstante estas vacilaciones de la DGRN, la doctrina mayoritaria entiende que la sociedad en formación puede ser titular registral de sus propiedades, y pueden por tanto inscribirse las garantías reales que ella otorgue. Todo ello por ser una consecuencia necesaria de su capacidad para adquirir.

El único problema que en realidad pudiera surgir es el relativo a cómo acreditarse las facultades representativas de los otorgantes, al tratarse por definición en la sociedad en formación de representantes no inscritos en el registro mercantil. Respecto a la acreditación de facultades del administrador no inscrito, así como del apoderado no inscrito, basta aquí con citar, entre otras, las RDGs 5-10-2012, 22-10-2012 y 8-07-2013, muy cuestionables, por cierto, en sus fundamentos y conclusiones.

III. RÉGIMEN JURÍDICO INTERNO DE LA SOCIEDAD EN FORMACIÓN: EN ESPECIAL LA TRANSMISIÓN DE ACCIONES ANTES DE LA INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA CONSTITUTIVA.

¿Tiene un régimen jurídico especial la sociedad en constitución? En realidad pudiera pensarse que la sociedad en formación no precisa de régimen especial. Es una sociedad de capital, anónima o limitada, perfecta en su constitución, dotada en su título constitutivo de todas las exigencias legales, faltando únicamente su inscripción registral.

A tal efecto, le resultará plenamente aplicable la normativa legal correspondiente al capital, y en especial a su protección. Así, por ejemplo, resultarán plenamente aplicables las limitaciones derivadas de la exigencia del capital social mínimo, los límites a la distribución de dividendos sociales, y, en sede de anónima, los requisitos impuestos para ciertas adquisiciones onerosas durante los dos primeros años, esto es, la llamada *fundación retardada*. Efectivamente, el art. 72 LSC recoge la dicción literal introducida en el antiguo art. 41 LSA por la Ley 3/2009, de 3 de abril, aclarando que tal precepto y sus

requisitos resultan aplicables desde el otorgamiento de la escritura -no desde la inscripción registral-. Lo cual, a su vez, y aunque no se precisaba, viene a ser todo un reconocimiento a la plena capacidad de la sociedad en formación para contratar y adquirir toda clase de bienes.

A la sociedad en formación le resulta aplicable un precepto especial, referido a la transmisión durante su fase de acciones o participaciones sociales. Se trata del art. 34 LSC, que señala que hasta la inscripción de la sociedad -o del acuerdo de aumento de capital- no podrán transmitirse las participaciones, ni entregarse o transmitirse las acciones. Esta regla prohibitiva puede resultar un obstáculo a la financiación de la sociedad en formación: pensemos en operaciones de autocartera (arts. 140 y 144 LSC), o de aceptación en prenda de acciones propias y asistencia financiera (arts 143 y 149 LSC).

El precepto no atiende en realidad al hecho de tratarse de una sociedad no inscrita, sino más bien a que se trata de acciones de un capital social no inscrito, y por ello la regla se aplica también en los aumentos de capital no inscritos de sociedades ya inscritas.

Existe abundante y variada doctrina al respecto, casi siempre en un intento de mitigar la regla prohibitiva. Desde excluirse del ámbito de la prohibición las transmisiones *mortis causa* y forzosas (alegándose su carácter necesario), hasta admitir la transmisión sujeta de forma expresa o tácita a la condición suspensiva de la inscripción de la sociedad.

También se defiende que el precepto (que habla de “entrega”) sólo prohíbe los efectos reales de la transmisión, no los meramente obligacionales entre las partes. Por eso el contrato (de venta, etc) sería en sí mismo válido, en sus efectos obligacionales. Esta postura cuenta con reiterado respaldo jurisprudencial (TS 16-07-1992, 16-07-2002 y 3-11-2009).

Todas estas posturas doctrinales y jurisprudenciales, flexibilizadoras de la regla prohibitiva, pretenden dar respuesta a una evidente necesidad práctica, motivada en la mayoría de las ocasiones por intereses absolutamente lícitos. El interés en incorporar al proyecto inmediatamente como socio a determinada persona o entidad, o en dar solución a desencuentros imprevisibles entre los socios, son ejemplos prácticos frecuentes. O los supuestos antes mencionados de operaciones de autocartera o asistencia financiera.

En cualquier caso, estas transmisiones de acciones han de respetar siempre el régimen legal y, en especial, el estatutario, respecto a eventuales

tanteos y autorizaciones exigibles, a pesar de no hallarse todavía inscrita la sociedad.

IV. INCIDENCIA DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES.

Y, finalmente, veamos el régimen legal de responsabilidades por los actos otorgados por la sociedad en formación. Es importante tenerlo presente cuando ejecutemos operaciones de financiación de la sociedad en formación.

La LSC establece unos preceptos (arts. 36 a 38), fijando reglas de atribución de responsabilidad. Así lo indican los propios enunciados de los preceptos (“Responsabilidad de quienes hubiesen actuado” (art. 36), “Responsabilidad de la sociedad en formación” (art. 37), y “Responsabilidad de la sociedad inscrita” (art. 38).

Podría decirse que tales reglas vienen a distribuir entre los distintos interesados el riesgo derivado de la falta de inscripción de la sociedad. El riesgo no es la existencia o no de la sociedad, ya que ésta existe y con plena capacidad desde antes de la inscripción. Los riesgos que en realidad surgen por la falta de inscripción de la sociedad son la eventual ausencia de facultades representativas de quienes actúen en el tráfico en nombre de la sociedad –y, por ello, la no vinculación de la sociedad, en perjuicio del tercero-, y la falta de correspondencia del patrimonio social con el capital nominal, privando al capital de su función de garantía.

Veamos la distribución que efectúa la ley de estos riesgos, para así conocer su impacto, o las dificultades que puede generar a la financiación de la sociedad en formación.

En primer lugar, la ley (art. 36) viene a reiterar lo que con carácter general prescribe el art. 120 CcC, si bien lo hace con mayor precisión en algunos aspectos, y con menos en otros. Efectivamente, se dispone que por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad en formación responderán solidariamente quienes los hubiesen celebrado (es decir, el/los actuante/s).

No señala frente a quiénes surge esta responsabilidad, a diferencia del art. 120 CcC (“personas extrañas a la compañía con quienes hubieren contratado”), pero hemos de entender que se trata también aquí de los terceros con quienes se ha contratado en nombre de la sociedad en formación. El otro posible perjudicado por esa actuación sería la propia sociedad en formación, pero la exigencia de esta otra eventual responsabilidad entiendo habría de sujetarse a los preceptos

generales sobre responsabilidad de los administradores, y no al régimen del art. 36 LSC.

Esta responsabilidad del administrador actuante surge por contratar en nombre de una sociedad no inscrita, independientemente de que tal administrador ostentare o no facultades para vincular a la sociedad, o se hubiera extralimitado en las mismas, o que el tercero conociera o no la falta de facultades representativas o la ausencia de inscripción de la sociedad. Además, la ley no limita la cuantía de la responsabilidad.

El simple apoderado, en cambio, entiendo no incurre en responsabilidad. La responsabilidad es exclusiva de los administradores, que son los propiamente “encargados de la gestión social” (expresión del art. 120 CcC, de nuevo aquí más preciso).

El art. 36 LSC excepciona la responsabilidad del administrador cuando la eficacia del acto hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción del mismo por parte de la sociedad. Por tanto, y esto puede resultar grave, la ley solo parece aceptar excluir la responsabilidad del actuante cuando la eficacia del acto no sea inmediata. De tal forma que cuando la eficacia del acto haya de ser inmediata, la exclusión de responsabilidad del actuante por tal acto deberá ser expresamente consentida por el tercero contratante mediante una cláusula específica a tal efecto.

Esta responsabilidad impuesta al administrador actuante es independiente de la eventual vinculación, además, de la propia sociedad en formación, si concurren los requisitos que señalaremos a continuación. Ahora bien, en tales casos el carácter solidario de la garantía no ha de facultar al tercero acreedor a reclamar indistintamente a la sociedad o al administrador. Entiendo más bien que resultarían aplicables las reglas de la fianza solidaria, por lo que el acreedor debe justificar la previa reclamación infructuosa a la sociedad, si bien, justificado este extremo, el administrador no podrá oponer la excusión previa de los bienes sociales, dado el carácter solidario de su responsabilidad.

Una vez que la sociedad quede inscrita en el registro mercantil, cesa esta especial responsabilidad del administrador que actuó en nombre de la sociedad en formación.

La sociedad en formación responde en los supuestos que enumera el art. 37.1 LSC, esto es, por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción, y por los estipulados

en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios. Vemos, por tanto, que no se limita la capacidad de la sociedad en formación, la cual se entiende plena. Lo que hace el precepto es distinguir distintos medios para entender válidamente emitido el consentimiento de la sociedad, y en consecuencia su responsabilidad. En realidad, la cuestión que surge aquí es determinar el “objeto social” de la sociedad en formación.

En este punto la legislación ha sido tradicionalmente muy rigurosa, quizá para estimular a los fundadores a una rápida presentación de la escritura constitutiva en el registro mercantil. En este sentido el antiguo art. 15 LSA parecía contemplar como “objeto social” de la sociedad en formación únicamente la realización de los actos indispensables para la inscripción registral (pagos y declaraciones fiscales derivados de la constitución, pago de ciertos honorarios a profesionales, etc). Este supuesto de responsabilidad de la sociedad se mantiene en el actual precepto.

El segundo supuesto de responsabilidad que menciona el precepto es el derivado por actos de los administradores realizados dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción. Este supuesto se contemplaba también en el antiguo art. 15 LSA, y parece hacer referencia a una ampliación indirecta del objeto social “propio” de la sociedad en formación.

La propia ley ha terminado por asumir como normal la práctica en las escrituras notariales de autorizar a los administradores para realizar desde el otorgamiento de la escritura constitutiva todos los actos propios del objeto social. Efectivamente, en una reforma del año 2007 a la LSA ya se estableció que, salvo pacto en contrario, si la fecha de comienzo de las operaciones coincide con la de otorgamiento de la escritura, se entenderá que los administradores están facultados -desde ese mismo momento- para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de contratos. Esta regla se contiene ahora en el art. 37.3 LSC. De esta forma, por tales actos responderá la sociedad en formación.

En caso de este pacto de anticipación del objeto social, cabe preguntarse si las facultades representativas de los administradores han de ser examinadas a la luz del precepto general que regula el ámbito del poder de representación de los administradores, esto es, el art. 234.1 LSC. Es una cuestión importante en cuanto que una respuesta afirmativa -teniendo en cuenta la reiterada doctrina de la DGRN sobre la cuestión- ampliará la responsabilidad de la sociedad en formación hasta incluir no solo la derivada por actos propiamente comprendidos en el objeto

social, sino también por los de desarrollo o complemento del mismo, e incluso por los denominados actos neutros o polivalentes.

No me detendré en esta cuestión, si bien entiendo que la respuesta ha de ser afirmativa. Más discutible es si debiera o no extenderse la responsabilidad de la sociedad en formación incluso por actos no comprendidos en el objeto social frente a “terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave” (art. 234.2 LSC). En este punto me inclino por la respuesta negativa, ya que la *ratio* del precepto, como norma protectora del tercero de buena fe, así como su literalidad, y sus antecedentes legislativos (Directiva 68/151/CEE, de 9 de marzo), se refieren en exclusiva a la sociedad ya inscrita.

En mi opinión, la vinculación de la sociedad en formación por un acto claramente no comprendido en el objeto social exige el consentimiento de todos los socios. Éste sería precisamente el sentido que habría de darse al tercer supuesto de responsabilidad contemplado en el art. 37.1 LSC, referido a actos estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios.

En cuando a la responsabilidad de los socios, cabe preguntarnos, ¿hay responsabilidad personal de los socios por actos de la sociedad en formación? La ley (art. 37.2) señala que los socios sólo responden personalmente hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar.

Por tanto, la responsabilidad de los socios es limitada desde el principio, no estando supeditada a la inscripción registral de la sociedad. Esta regla supuso una importante novedad cuando se introdujo en el año 1989 en el antiguo art. 15 LSA.

La limitación de responsabilidad encuentra su fundamento en el carácter constitutivo que presenta la escritura notarial en la constitución de la sociedad en formación. El control notarial de la legalidad del acto, y en especial de la realidad del desembolso de las aportaciones sociales que integran el capital, justifica esta limitación de responsabilidad.

Tengamos en cuenta, no obstante, el régimen introducido en este punto para la sociedad limitada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Emprendedores. En su art. 15.4 se dispone que en caso de constitución mediante los estatutos tipo con formato estandarizado y el procedimiento de tramitación telemática que la propia ley prevé, no será necesario acreditar al notario la realidad de las aportaciones dinerarias que integran el capital. En tal caso, basta que los

fundadores manifiesten en la escritura que responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de las aportaciones.

La escritura notarial sigue siendo constitutiva, atribuyendo, entre otros extremos, legalidad al acto y fehaciencia a la fecha y a la obligación asumida por los fundadores.

En definitiva, la ley 14/2013 ha venido a establecer –en el ámbito de la SL de constitución electrónica que regula- para las aportaciones dinerarias un régimen similar al que con carácter general se establecía ya para las aportaciones no dinerarias en la sociedad limitada (art. 73 LSC).

No se dispensa en este caso la obligación de dotar un capital social mínimo, sino únicamente su acreditación al notario. Sin embargo, la Ley 14/2013 ha introducido otra novedad importante que sí constituye una verdadera excepción a la exigencia de un capital social mínimo.

Efectivamente, el nuevo art. 4 bis LSC regula la denominada “sociedad limitada en formación sucesiva”, permitiendo constituir una sociedad limitada (no anónima) con un capital por debajo del mínimo legal de tres mil euros. No constituye una excepción a la regla en la sociedad limitada del total desembolso del capital (art. 78 LSC), sino una excepción a la regla del capital mínimo (art. 4 LSC). No establece la ley un plazo máximo para permanecer en esta situación, disponiendo únicamente la obligación de los socios de desembolsar el capital mínimo en caso de liquidación de la sociedad y de que su patrimonio no fuera suficiente para atender al pago de las obligaciones sociales.

Apuntadas estas novedades introducidas por la Ley 14/2013, volvamos al régimen de la responsabilidad de los socios en la sociedad en formación. La regla, como antes vimos, es que la responsabilidad del socio está limitada hasta el límite de lo que se hubiere obligado a aportar.

En la sociedad limitada se exige el total desembolso del capital en el momento de otorgarse la escritura constitutiva, por lo que no hay ya más responsabilidad del socio. En la sociedad anónima, en el caso de que queden dividendos pasivos pendientes en el momento de su constitución, sí es posible hablar en sentido estricto de una responsabilidad futura de los socios “hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar”.

Esta responsabilidad “personal” parece hacer referencia a una responsabilidad directa del socio frente al acreedor, consistiendo precisamente en esto la singularidad del régimen de la sociedad en formación, ya que tras la

inscripción el acreedor solo podría reclamar por el medio indirecto de la acción subrogatoria en nombre de la sociedad. No obstante, no es pacífica esta cuestión.

Una vez inscrita la sociedad, cesa esta responsabilidad del socio, que, en realidad, no es más responsabilidad que a lo que se obligó al constituirse la sociedad. Sin embargo, en ese preciso momento de la inscripción registral, puede surgir otra responsabilidad del socio, esta vez sí cierta, de verdad, y sin límite cuantitativo. Conviene no olvidarse de ella. Es la denominada “responsabilidad diferencial”.

Efectivamente, señala la ley (art. 38.3 LSC) que si el valor del patrimonio social, sumado el importe de los gastos indispensables para la inscripción, fuese inferior a la cifra de capital, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia. La regulación es escasa. Parece que el cálculo de la diferencia ha de hacerse a través de un balance interno, en el momento de solicitarse la inscripción, ya que los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha del asiento de presentación.

Parece pretenderse una correspondencia -en el momento de la inscripción- entre el capital nominal y el capital real, sin duda en garantía de terceros que consulten el capital de la sociedad. No se distingue entre las posibles causas que hayan generado esa falta de correspondencia. Puede ser consecuencia de el cumplimiento de contratos que hayan causado pérdidas, de responsabilidad extracontractual a cargo de la sociedad, de el cumplimiento de obligaciones legales, etc, excluyéndose únicamente los gastos indispensables para la inscripción.

El precepto suscita dudas, pero parece claro que esta responsabilidad no puede ser controlada por el registrador mercantil en el momento de la inscripción. La legitimación para exigirla más bien parece ha de corresponder exclusivamente a la propia sociedad (a través de su órgano de administración), y en su defecto a los acreedores sociales por medio de la acción subrogatoria.

En cualquier caso, si de lo que se trata es de que exista una correspondencia entre el capital y el patrimonio, habría de admitirse que tal correspondencia pueda lograrse no solo por medio de la “redotación” del patrimonio para igualar el capital, sino también a la inversa, por medio de la reducción de capital para equipararlo al patrimonio, respetando siempre las exigencias del capital legal mínimo. De esta forma la responsabilidad del socio seguiría siendo limitada, desapareciendo la responsabilidad diferencial.

Termino. Con este breve estudio he pretendido recordar ciertas dificultades -teóricas y prácticas- que pueden surgir al financiar a una sociedad en sus momentos más iniciales. Algunas de estas dificultades resultan inevitables, por necesarias para una adecuada protección de los terceros en el tráfico. Algunas otras pueden evitarse por el jurista práctico mediante una oportuna y sagaz previsión. Finalmente, han de rechazarse obstáculos sin suficiente finalidad y sustento normativo, como la postura que niega aptitud a la sociedad en formación para ser titular registral de sus propiedades. Le puede ir en juego la financiación que necesita.