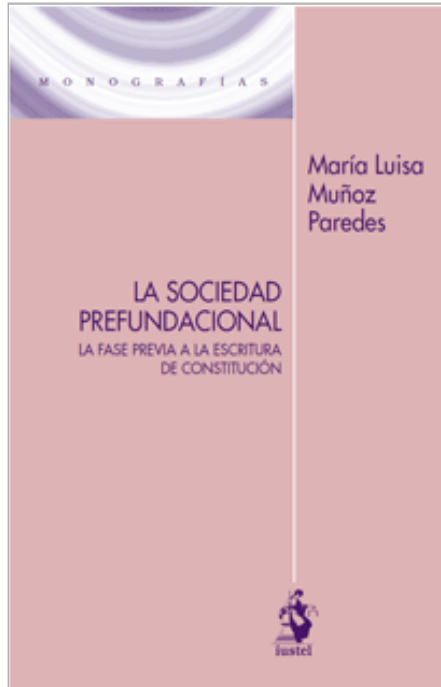


MUÑOZ PAREDES, M. L.: *La sociedad prefundacional. La fase previa a la escritura de constitución*, ed. Iustel, Madrid, 2023, 217 pp.



Dentro del *iter* fundacional de una sociedad de capital, el otorgamiento de escritura pública hace nacer la llamada sociedad *en formación* e inicia un período que concluye, normalmente, con la inscripción registral. Sin embargo, si este proceso no termina con la sociedad inscrita deriva hacia la irregularidad societaria. Esta fase constitutiva ha sido objeto de atención de forma amplia y detenida en nuestra doctrina y cuenta con una recepción bien conocida en el texto legislativo de las sociedades de capital (arts. 31 a 40 LSC).

Sin embargo, la fase previa a la elevación a escritura pública del acuerdo social *-prefundacional-* ha carecido de igual atención *-más bien, escasa-* en la doctrina y por el legislador. Para colmar este vacío, y sin menoscabo de puntuales y relevantes trabajos, la presente monografía de la Prof. Dra. María Luisa Muñoz Paredes viene a cubrirlo ampliamente, con una obra rigurosa y profunda sobre la figura. Con tal fin, la autora maneja una amplia y muy bien seleccionada bibliografía *-comparada y española-* así como de las decisiones judiciales *-algunas de ellas, confusas e incluso contradictorias-* más relevantes en la materia. A pesar de la complejidad de la investigación, se nos ofrece un estudio claro y preciso que nos permite ahondar en las cuestiones más espinosas de este proceso prefundacional o “genético”.

El trabajo está estructurado en seis capítulos. El primero de ellos corresponde al proceso constitutivo de las sociedades de capital. La autora distingue con claridad entre los pactos previos y preliminares, la fase previa anterior a la elevación a escritura pública -es decir, la sociedad prefundacional y objeto de estudio-, el período que se extiende desde el acta notarial hasta la inscripción en el Registro mercantil (sociedad *en formación*), y, salvo que devenga irregular por incumplimiento o falta de voluntad de uno o más socios, el paso siguiente ya corresponde, en plenitud, al de una sociedad de capital.

El segundo atiende a la fase originaria en lo que viene a denominarse como tratos preliminares. En este momento, no se reconoce aún la existencia de contrato entre las partes, sin que pueda derivarse una responsabilidad societaria por no avanzar en su conclusión. Ello no es óbice para no reconocer consecuencias jurídicas -culpa *in contrahendo*, responsabilidad extracontractual- del comportamiento desempeñado por los interesados entre ellos y en el mercado. La autora analiza, en ambos casos, la relevancia que pueda tener el alcance de los daños y perjuicios a reclamar, ya sean de carácter negativo o de carácter positivo, comprendiendo el daño emergente y el significado -más discutible- de su extensión al lucro cesante. Un apunte de interés se corresponde a las llamadas cláusulas "break-up fees", consistente en un acuerdo interpartes sobre la indemnización a percibir en caso de abandono de la negociación. Procedente del ámbito de las operaciones de adquisición de empresas, pueden desempeñar un significado muy relevante para identificar y cuantificar la indemnización a los "socios" afectados por la no conclusión de la empresa proyectada.

El tercer capítulo ya se centra la fase jurídica prefundacional. La empresa ya existe y sus integrantes dedican su empeño en diseñar y configurar la futura sociedad, pero, simultáneamente, ya emergen los vínculos jurídicos de índole contractual. Como bien señala la autora, este compromiso entre los interesados en formalizar un contrato de sociedad puede ya calificarse como de relación societaria, de carácter interno e índole civil. Es cierto que la consideración amplia o estricta del contrato de sociedad que acojamos determina los requisitos exigibles para reconocer la organización societaria.

A continuación, se aborda cuál es el contenido del convenio, en especial las relaciones entre las partes y con terceros. Las normas aplicables son las propias de la sociedad civil (arts. 1665 a 1708 CC) y los acuerdos se adoptan por unanimidad. En este sentido, los actos realizados entre los socios lo serán de organización, de lo que se concluye, por un lado, su eficacia jurídico-obligacional y, por otro, la ausencia de un régimen propio de responsabilidad societaria frente a terceros como sí ocurre en la sociedad *en formación*. En efecto, de las deudas contraídas responden quienes hubieran celebrado los pactos y, en caso de ser varios, contrariamente

al principio contractual de mancomunidad (art. 1137 CC), el Tribunal Supremo ha defendido una solución correctora en favor de la solidaridad sobre la base de la “comunidad jurídica de objetivos” entre ellos.

Una cuestión que suscita un gran interés se corresponde con la problemática de los llamados *actos de empresa*, es decir, cuando la sociedad prefundacional lleva a cabo actividades empresariales antes de la elevación a escritura pública. Esta temática, profusamente analizada en la doctrina alemana, le sirve a la autora para distinguir con claridad entre sociedad prefundacional y precontrato (no tan evidente en la doctrina germana), y para sostener su paso a sociedad *externa*, asumiendo un carácter civil o mercantil dependiendo de las actividades desempeñadas en el tráfico. Por último, este capítulo atiende a los actos de organización realizados por los socios no en nombre propio sino de la sociedad. No obstante, ello no implica calificarla como irregular pues no actúa en el mercado ni concluye actos de empresa, si bien al revelarse como tal frente a terceros se trataría de una sociedad externa y civil -no mercantil- y con personalidad jurídica.

Los capítulos siguientes se dedican a la sociedad prefundacional, analizando algunos de sus aspectos más notorios. Así, el cuarto capítulo se detiene en la obligación de constituir una sociedad de capital. El punto de partida es la existencia del precontrato -y no meramente de tratos preliminares- que impulsa a las partes a constituir la sociedad proyectada. No obstante, en el contrato de sociedad -a diferencia de la referencia tradicional a la compraventa- se requiere la concurrencia de los elementos esenciales para fundamentar la exigencia, no siempre admitida por los tribunales de justicia. Como señala la autora, sin ese contenido mínimo esencial el contrato sería ineficaz. Ello explica que el capítulo se dedique al análisis de tres puntos fundamentales: la elección del tipo social por los “socios”, la concurrencia o no de los elementos esenciales previstos en los arts. 22 y 23 LSC y la presencia de la *affectio societatis* como elemento esencial del contrato.

Además, este capítulo cuarto da respuesta a un asunto principal en este precontrato relativo a la exigencia de idéntico requisito de forma que el propio de la sociedad a constituir, es decir, en caso de pretender alcanzar una sociedad de capital si se precisa la elevación a escritura pública del precontrato. Después de un estudio minucioso del Derecho comparado, se analiza la situación en nuestro ordenamiento. Así, y partiendo de la ausencia de una norma específica, como la que cuentan los países analizados, la doctrina distingue entre quienes exigen la misma forma que un contrato formal (F. De Castro) y quienes lo califican como un requisito de “cualidad o tipificación” en el contrato de sociedad, pero no imprescindible en el precontrato antecedente (Puig Brutau, Díez Picazo). La autora considera que la respuesta a esta cuestión debe partir de una observación de la práctica de estos convenios preparatorios, reconociendo la escasa utilidad

que implica demandar una formalidad poco acorde con la finalidad perseguida por las partes. Así, cabe recordar, por un lado, la distinción ya puesta de manifiesto entre el precontrato y el contrato sucesivo de sociedad de capital, y, por otro, el destinatario de la protección pretendida por la exigencia de formalidad, como se plantea en el Derecho alemán. En este último caso, si el carácter tuitivo se predica de los socios es lógica su solicitud; en cambio, este requisito pierde relevancia si los intereses a proteger son más generales (piénsese, en los del tráfico o de terceros).

El quinto capítulo está dedicado al incumplimiento de la obligación de constituir la sociedad por alguno de los “socios” y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. No plantea excesivas dudas el reconocimiento de una acción resarcitoria de daños y perjuicios contra el incumplidor. La cuestión trascendental gira en torno al reconocimiento de una posible ejecución forzosa de su compromiso. Tras un estudio exhaustivo de la respuesta existente en el ordenamiento comparado -en concreto, alemán, italiano y francés-, la profesora Muñoz Paredes atiende a su aplicación en el Derecho societario español. Para ello, la autora toma como perspectiva “la realidad de las cosas”, recordando la formulación de Garrigues, de que el Derecho es para la vida y no al revés.

Así, reconoce tal opción siempre que se realice en un momento anterior al otorgamiento de escritura pública y que no concurra “justa causa”, en concreto, el trascurso del plazo o la alteración de las circunstancias. Además, y tras la aprobación de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, se dispone de un precepto específico -art. 708 LEC-, conforme al cual se admite expresamente tener por emitida una declaración de voluntad incluso contra el silencio del obligado a ello. En tal sentido, la intervención judicial puede ofrecer tres soluciones posibles: 1ª) cuando el precontrato cuente con los elementos esenciales y naturales; en tal caso, basta con la simple declaración judicial de su existencia, 2ª) cuando el precontrato incorpore los elementos esenciales, pero carezca de los naturales y accidentales; no supondría una dificultad insalvable ya que pueden subsanarse por la intervención del propio juez y de la ley, 3ª) cuando el precontrato carezca de los elementos esenciales; en tal caso, se trataría de un acto infungible y no cabría tal ejecución forzosa.

Con el apoyo de una amplia jurisprudencia que, a veces, muestra soluciones insuficientes e incluso contradictorias, el trabajo aborda la posible ejecución forzosa desde el doble plano de la técnica jurídica y de la oportunidad de su aplicación. En el primer plano, y con apoyo en las doctrinas procesal y civil, se critica que la sentencia sólo pueda condenar al incumplidor a emitir una declaración positiva de voluntad, obviando reconocer a la sentencia la facultad de declarar ella misma la existencia del contrato de sociedad. En el segundo, se atiende a las dificultades que puede ofrecer su viabilidad en las sociedades de capital, cuando sean de pocos socios y

no se cuente con su implicación social; así, piénsese en caso de concurrencia de determinadas condiciones o prestaciones personales. Este inconveniente explica que se considere más útil limitar la solución jurídica a la reclamación de daños y perjuicios. En este último punto, cabe considerar la amplitud de la indemnización, en concreto, si además del daño emergente, que no plantea dudas destacables, también se extiende al lucro cesante. Dicho lucro suscita, sin embargo, una mayor complejidad, y se cuestiona que pueda comprender las ganancias calificadas como dudosas, contingentes o fundadas en meras esperanzas, exigiéndose una probabilidad objetiva cierta e incluso la concurrencia de mala fe en el incumplidor.

En el último -y sexto- capítulo, se presta atención a la culminación de la fase prefundacional con su disolución por falta de objeto. Una vez otorgada la escritura pública, se abre la fase de la sociedad en formación. Si bien la extinción del precontrato es evidente, la sociedad prefundacional ofrece una mayor complejidad, no sólo en el ámbito interno -piénsese en la existencia de pactos reservados entre los socios que mantienen sus efectos jurídico-obligacionales-, sino también por las relaciones que, posiblemente, se hayan establecido con terceros.

En este sentido, la Prof. Muñoz Paredes clasifica tres situaciones diferentes. La primera se corresponde con la llamada "sociedad prefundacional pura", es decir, interna. En ella, la autora aborda las causas de disolución previstas para las sociedades civiles (art. 1700 CC) y su aplicación a esta sociedad. De entre ellas, destaca el reconocimiento de que no cabe derecho de separación o renuncia por el socio pues se requiere que la sociedad sea indeterminada -que no lo es bien por razón del plazo pactado o por la naturaleza de su objeto- y que se actúe de buena fe y en tiempo, sin que parezca concurrir el "justo motivo" exigido por el art. 1707 CC.

La segunda situación, cuando la sociedad prefundacional desempeña actividades empresariales -y, por tanto, se trata de una sociedad externa y mercantil-, las causas de disolución son las propias de las sociedades colectivas (art. 218 y ss. Cdc). Lo importante a destacar es la imposibilidad de la transmisión automática a la nueva sociedad *en formación* de los derechos y obligaciones adquiridos de la prefundacional, debiendo, previamente, proceder a su disolución y liquidación. Mientras tanto, los socios conservan sus obligaciones sociales, sin que puedan asumirse por la sociedad en formación salvo que cuente con el consentimiento de los acreedores. Tampoco cabe recurrir al criterio doctrinal de su transformación como solución a la automaticidad, ya que, como es bien sabido, no cabe su empleo por las sociedades calificadas como irregulares (en este caso, la prefundacional que desarrolla actividades empresariales).

En cambio, sí se reconoce la transmisión automática en la tercera situación, es decir, cuando se considere como una sociedad prefundacional civil, pues sólo actúa

en el tráfico realizando actos de organización. En tal caso, la prefundacional sí goza de personalidad jurídica y como sociedad civil entra en los supuestos admitidos de transformación en cualquier sociedad mercantil, conforme reconoce el art. 18.3 Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio (antes LME).

Un último apartado se dedica, siquiera brevemente, a las pocas especialidades de la prefundación en las sociedades unipersonales. Por un lado, la falta de pluralidad implica que no se les considere como sociedad prefundacionales, ya que, como es sabido, en nuestro ordenamiento la unipersonalidad está reservada a las sociedades anónima y limitada. Por otro, de constituirse la sociedad unipersonal, subsiste la responsabilidad por las obligaciones previamente contraídas del “socio” único, sin que haya continuidad en la nueva sociedad, salvo que cuente con el consentimiento del acreedor.

Finalmente, esta reseña al libro de la Prof. Muñoz Paredes quedaría huérfana, si no destacásemos un aspecto muy elogiado, en concreto la claridad expositiva y precisión del lenguaje jurídico presente a lo largo de la monografía. Ello pone de manifiesto no sólo su conocimiento jurídico riguroso del tema objeto de estudio, sino además, la pericia de *saber transmitirlo*. Por ello, sólo nos queda felicitar a la autora por su excelente trabajo y, por supuesto, recomendar su lectura, no sólo a la comunidad científica, sino también aquellos interesados en la búsqueda de soluciones a los problemas que suscita la creación de una empresa en su período prefundacional.

Pablo Girgado Perandones

Catedrático de Derecho Mercantil

Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)