

# La fundación de la Sociedad Anónima en el Anteproyecto de reforma

JOSE GIRON TENA

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. *Preliminar.*—II. *Los problemas más importantes de la fundación en el Anteproyecto.*—A) *El artículo 12 del Anteproyecto.*—B) *El presupuesto de la suscripción completa.*—III. *El proceso de fundación en particular.*—A) *Fundación simultánea.*—B) *Fundación sucesiva.*—C) *La inscripción.*—D) *Sucesión en las relaciones precedentes.*—E) *Responsabilidades.*

## I. Preliminar

Este trabajo tiene varios defectos importantes. De ellos quiero hablar para que el lector no tenga que descubrir sino los que la «paternidad» me ha oscurecido.

El de más bulto consiste en que la crítica es fundamentalmente negativa; sólo con timidez he apuntado en alguna ocasión las correcciones que, a mi entender, habían de hacerse. La excusa es ésta: carezco—quizá también los redactores—de una información «suficiente» sobre la situación actual de la vida de las sociedades anónimas. Es posible que se obtenga con la información pública abierta, pero es probable que no dé los datos estadísticos, la tipificación estatutaria, etc., que hubieran sido tan convenientes.

Lo «incompleto» de este estudio sigue apareciendo en otras cosas. He omitido el abordar temas doctrinales, excepto en el supuesto de que el texto proyectado pudiera significar—según mi juicio, claro—un obstáculo o motivo de deformación de la doctrina que siga al Anteproyecto. He seguido ese criterio incluso en algún caso en que el inteligente planteamiento de las cuestiones, por los primeros críticos del Anteproyecto, invitaban a la discusión. Lo que más trabajo me ha costado omitir ha sido lo referente a la inscripción, personalidad y sucesión en las obligaciones anteriores, tratada por NÚÑEZ LAGOS en la «Revista de Estudios

Políticos», no porque sea fácil demostrar las razones de disconformidad, sino porque discutiendo con su disciplina mental y objetividad las cuestiones es como es posible obtener resultados.

Sigue siendo incompleta la «información» que aporto. He dado textos de Derecho comparado frecuentemente, pero no están todos los que se podrían dar, ni llevan acompañamiento doctrinal. Las razones son éstas: 1.<sup>a</sup> Como se dice antes, sólo por excepción se abordan problemas doctrinales. En lo demás se parte de doctrina conocida y, por tanto, la bibliografía se omite. 2.<sup>a</sup> Los textos de Derecho comparado que doy tratan de expresar «técnicas» de solución de problemas. Por tanto, no he tratado de dar un cuadro erudito. También, por ese significado, debe quedar claro que no ha lugar a la postura que tachase de extranjerizante a la importación de algunas de esas «técnicas» si el problema es el mismo en nuestro país: no hay diferencia respecto de la importación de una fórmula para la fabricación de un específico farmacéutico. 3.<sup>a</sup> Lógicamente no es tan excusable que no haya tratado cuidadosamente de las «omisiones» del Anteproyecto. He seguido su texto fundamentalmente, y al condicionar así el plan expositivo me han quedado fuera.

Las traducciones de los textos no son buenas. Han sido deliberadamente literales porque no he querido dar paralelismos con los conceptos correlativos nuestros, porque, a veces, no se corresponden exactamente. Se notará también que en esos textos predominan los correspondientes a los sistemas italiano, alemán y suizo. Ello se debe a que la estructura orgánica del Anteproyecto permite esa comparación y dificulta la referencia al sistema inglés, que se inspira en una sistemática y en unos conceptos muy distintos. Tendría mucho interés el estudio comparado con este sistema jurídico, pero habría de hacerse con un plan independiente. Requeriría, pues, otro trabajo. No puede hacerse, en su conjunto, valiéndose de la sistemática que he seguido aquí, pues los conceptos que reflejan los epígrafes repelen el Derecho inglés. He prescindido por completo del Derecho francés. A la vista de los libros o colecciones más recientes (ÉSCARRA, BONNECARRERE y LABORDE-LACOSTE, última edición del tomo II de PIC, el Code de DALLOZ de 1949, etc.) se percibe en seguida un cuadro formado por una legislación complicada y a veces circunstancial que no permite, como la inglesa, pero por razones distintas, una utilización sistemática.

Así, pues, este trabajo no se propone ser gran cosa. Pretende sólo abrir un temario crítico sobre ese capítulo, y si estuviera bien planteado para que se discutiera en buenas condiciones, se habría cumplido el propósito de este artículo.

En el texto de lo que he escrito sólo se dice lo que se estima que está mal o menos bien. Podía darse aquí la impresión de que se entiende que el Anteproyecto es malo. Nada de eso. Vaya, pues, por delante, el elogio. Si la discusión que le siga fuera tan

buena como el «orden del día», probablemente obtendríamos una excelente ley de sociedades anónimas. No será tan feliz el resultado si se aprueba por aclamación o si se inventa otro «orden del día». Me sé perfectamente sin autoridad para emitir estas apreciaciones genéricas. Por eso no hago ninguna otra ni escribo sobre el Anteproyecto en su conjunto. Si es intervencionista (que no lo es para quien «quiera» saber la correspondencia de los sistemas de política económica—desde el «mercantilismo» hasta aquí—con el régimen de las sociedades anónimas), si tiene influencia de algún ideario político (que no la tiene tampoco), etc., son temas que quedan fuera. Pero queda lo más molesto, el examen de cada artículo, si puedo traer argumentos, no míos, que me amparen: esto es lo que trato de hacer.

Sin embargo, sobre las «opiniones» acerca del Anteproyecto vendría tener en cuenta algunas cosas; entre ellas las siguientes: 1.ª El interés particular halagador de sectores económicos respecto de los cuales se depende en alguna manera. 2.ª Falta de comprensión del alcance real del Anteproyecto. Explícanse fácilmente algunas prevenciones ante la intervención gubernativa, pero no es tan fácil explicarse porque, si la libertad está en la Ley, suscita recelos una legalidad cuya observancia dependerá de la acción puramente privada de los actores en la vida de las Sociedades Anónimas. 3.ª Inexacta estimación del conocimiento de las Sociedades Anónimas en la «práctica». Algunos opinantes no ayudan con «datos». Conocen «su» práctica, pero no «la» práctica ni las realidades económicas y de estructuras generales. 4.ª Falta de «altura» en la apreciación de las cuestiones. Me parece que no satisfaría a algunos opinantes, si llegaran a sus manos las leyes de otros países, encontrarse luego con una española que demostrara que en nuestro país «no se sabe»—aunque sea para repudiarlo—de Derecho de Sociedades Anónimas. 5.ª No se descubre con frecuencia la intención—quizá no hay paz para eso—de ponerse a trabajar «en concreto» sobre cada cosa del Anteproyecto.

## **II. Los problemas doctrinales más importantes de la fundación en el Anteproyecto**

Debe entenderse pacífico que el Derecho positivo ha de eludir obstaculizar el desenvolvimiento de la doctrina. Es así regla de buena técnica legislativa el evitar pronunciarse en los textos sobre cuestiones acerca de las cuales no hay unanimidad o seguridad. El peligro de la definición, del aforismo tradicional, es idéntico al que se deduce de tomar posturas que prejuzguen sobre cuestiones doctrinales. La primera «intención» de una lectura cuidadosa del capítulo II del Anteproyecto puede ser la de descubrir en qué forma los redactores han sido fieles a esas ideas.

El término «fundación» no puede detener el análisis de los fenómenos jurídicos en que se descompone. Ese análisis pone de manifiesto la existencia de un «negocio de constitución», hoy privado, y un «acto público» de inscripción. A su vez, si estamos en presencia de una fundación «sucesiva», se hará necesario discriminar el significado de la «suscripción», de los «promotores», de la «Junta constituyente», de la «sucesión de la sociedad en los derechos y obligaciones nacidos durante la fundación». Es probable que no haya sido afortunado, o que no sea muy perspicaz, o que los redactores hayan trabajado bien—esto es lo más seguro—; en cualquier caso, no encuentro en este orden de ideas más materia de discusión que el artículo 12. A él se va a dedicar el epígrafe A) siguiente.

Dentro de este grupo de cuestiones doctrinales también me parece que debe hablarse del problema de la «suscripción completa» como presupuesto de la fundación. Aquí las razones no son aquellas de técnica legislativa antes expuestas. No se deben anticipar y quedan remitidas al epígrafe B).

#### A) *El artículo 12 del Anteproyecto.*

Al lector puede resultarle molesto buscarlo y a mi me conviene que le tenga delante mientras lee la crítica. Le transcribo, pues, juntamente con el texto de la Exposición que le explica:

«Dentro de la fundación simultánea, que es la más extendida en nuestra práctica notarial, aunque en ella se omite el requisito de la íntegra suscripción del capital, el Anteproyecto ha seguido el esquema de la práctica mercantil española, que incorpora los Estatutos a la escritura notarial de fundación. Pero se ha cuidado de separar el contenido propio de los Estatutos del contenido propio de la escritura como conceptos diversos que no aparecen debidamente diferenciados ni en nuestro Código de Comercio ni en el Reglamento del Registro Mercantil. Doctrinalmente, la distinción se funda en que el contrato es el germen de la sociedad, mientras que el Estatuto es la norma de vida de la sociedad nacida y en funciones. Por ello, siendo la escritura un contrato, esencial en ella serán los nombres de los contratantes, la expresión de su voluntad de fundar una sociedad anónima y la determinación de las aportaciones de los socios. En cambio, representando los Estatutos la constitución de la sociedad, habrán de contener menciones relativas a sus elementos personales (denominación y duración de la sociedad, designación de sus administradores), a sus elementos reales (capital social y número de acciones en que esté dividido, parte del capital no desembolsado y plazos para su desembolso) y al funcionamiento de la sociedad como corporación y como co-

merciante (objeto social, administración y juntas de socios)». El texto del artículo 12 es el siguiente: «En la escritura de constitución de una sociedad se expresará: 1.º Los nombres, apellidos y estado de los otorgantes, si éstos fueran personas físicas, o la denominación o razón social, si son personas jurídicas y, en ambos casos, la nacionalidad y el domicilio. 2.º La voluntad de los otorgantes de fundar una Sociedad Anónima. 3.º Los Estatutos que han de regir el funcionamiento de la Sociedad, en los que se hará constar: a) La denominación de la Sociedad. b) El objeto social. c) La duración de la Sociedad. d) La fecha en que dará comienzo a sus operaciones. e) El domicilio social y los lugares en que tenga sucursales, agencias o delegaciones. f) El capital social, expresando el número de acciones en que estuviese dividido, el valor nominal de las mismas, su categoría o serie si existieran varias y si son nominativas o al portador. g) La parte del capital social no desembolsada y el modo en que hayan de satisfacerse los dividendos pasivos. h) La designación de la persona o personas que habrán de ejercer la administración y el modo de proveer las vacantes, indicando quién ostenta la representación de la Sociedad. i) Los plazos y formas de convocar y constituir las juntas de socios, tanto ordinarias como extraordinarias. j) La forma de deliberar y tomar acuerdos en los asuntos de la competencia de la Junta. 4.º El metálico, los bienes o derechos que cada socio aporte, indicando el título y el concepto en que lo haga, el valor que haya de atribuirse a las aportaciones no dinerarias y el número de acciones recibidas en pago. 5.º Se podrá, además, incluir en la escritura todos los pactos lícitos y condiciones especiales que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a lo dispuesto en la Ley.»

No hubiera pensado que podía ser peligroso, por «demasiado doctrinal», este artículo si la conversación con algunos Notarios, que tratan de construir uno de los temas del Programa de oposiciones entre Notarios, no me hubiera puesto de manifiesto que un buen sector de estudiosos está inclinado a hacer una elaboración en la que se «oponen» Escritura y Estatutos, y en la que puede estar la base, por equivocación en el planteamiento, de uno de esos temas de debate eterno, a los que no se encuentra solución porque no son problema. El Anteproyecto ha recibido en la sistemática del contenido de su artículo 12 las ideas de la página 24 de la Exposición antes transcrita, doctrina que no es exacta en todos sus términos y que carece del alcance e importancia que parece quererle dar cuando se habla de una «cuidadosa» separación. En síntesis, mi crítica pretende demostrar que, en

buena técnica legislativa, no se ha debido recibir en el texto esta cuestión doctrinal y que la forma en que se ha recibido invita a trabajar sobre un mal planteamiento.

Dice la Exposición que «ha seguido el esquema de la práctica mercantil española que incorpora los Estatutos a la escritura notarial de fundación». Pero se ha cuidado de separar el contenido propio de los Estatutos del contenido propio de la Escritura como «conceptos diversos»... El «contrato» es el germen de la Sociedad y el Estatuto la norma de vida de la Sociedad «nacida y en funciones». Por ello, en números separados del artículo 12, se hace mención de los «elementos esenciales», del «contrato» de Sociedad y, en un número independiente, se trata de los «Estatutos» que se «injertan» en la escritura como concesión a la práctica, pero como cosa aparte.

α) No es verdad que los Estatutos no sean el contrato. Lo son. Son, además, Estatutos: pero son también contrato. Esto se verá claro mediante la discriminación de las ideas jurídicas que hemos de utilizar en la descomposición de los fenómenos que para el Derecho se producen en el momento constitutivo de una Sociedad Anónima. Prescindamos—y esta exclusión es legítima—de la parte que tome el Estado con la inscripción. En lo que queda así remitido a la actividad privada, se producen las siguientes cosas:

α) Un negocio constitutivo cuya naturaleza no interesa ahora; β) del que nace un «ente corporativo», la Sociedad Anónima γ), sometido a un Reglamento «redactado»—este término no prejuzga—por los que le fundaron. Correlativamente, los problemas que aquí se tratan corresponden: α) Al capítulo de los negocios jurídicos; β) Al capítulo de las «personas jurídicas» y a su desarrollo en materia de «asociaciones» y «sociedades»; γ) Al capítulo de la «autonomía» en la producción del Derecho, en la forma que sea posible dentro del monopolio estatal.

Si examinamos la doctrina específicamente mercantilista, encontraremos que nadie atribuye a los Estatutos el carácter de Derecho objetivo. Es decir, que en el momento actual no quedan, después de la «privatización» de las estructuras tomadas de las viejas compañías coloniales, quienes crean que los Reglamentos de las Sociedades Anónimas puedan tener ese carácter. En la doctrina italiana, el intento de SCORZA no ha tenido aceptación. Este autor<sup>1</sup> pretendió demostrar que la obligatoriedad de los Estatutos, a no poderse basar—según él—en la voluntad de los socios, había de fundamentarse en su naturaleza del Derecho objetivo. Esta postura no es original—véase luego la doctrina alemana—, pero, al ser materia de defensa por vía monográfica, llamó la atención de los mercantilistas, y su cita se hace obligada

1. En su monografía *Gli statuti degli enti a tipo associativo con particolare riguardo alle società di commercio*. Roma, 1934.

aunque sea para aparecer aislada y ser rebatida. Ya W. BIGIAMI<sup>2</sup> se ocupó de refutar aquella tesis. Si examinamos cualquier libro actual nos encontraremos esa cita y refutación indicadas<sup>3</sup>. En la doctrina francesa ocurre otro tanto. Si se utiliza la alemana nos encontraremos con igual resultado. Pero conviene aclarar cómo debe utilizarse esta doctrina. Los autores alemanes utilizan como instrumento sistemático fundamental la calificación de las Sociedades Anónimas como Asociaciones y, por tanto, debe partirse, en la referencia, de la invocación de los civilistas y, entre éstos, por lo menos, es seguro que esté generalizada la misma caracterización<sup>4</sup>. La "germanización" del derecho alemán que se pretendía durante el nacional-socialismo influye en algunos autores de ese momento. Así, J. v. GIERKE<sup>5</sup> distingue el acuerdo de fundación—contrato de sociedad corporativo—que reúne las voluntades en el acuerdo sobre los Estatutos, y los Estatutos en la vida de la Sociedad. En este segundo momento, la «construcción alemana»—dice—ve derecho objetivo «interno» para la corporación. Inmediatamente advierte: «Una opinión extendida ve en los Estatutos solamente el contenido de un negocio jurídico contractual». En cualquier caso no son puro derecho objetivo y nacen por negocio jurídico cualquiera que sea—por ahora no nos interesa—, la naturaleza jurídica de éste. De consiguiente, esta dirección también está dentro de la idea negativa.

Sabido lo que no son los Estatutos, queda por saber qué son. Y esa misma doctrina antes recogida nos lo indica. Dos textos me voy a permitir copiar para mayor claridad. Interpretando BRUNETTI el último párrafo del art. 2.328 del C. c. italiano, que «expresamente» dispone que los Estatutos, incluso si forman objeto de acto separado, se consideren parte integrante del acto constitutivo copia de VIVANTE: son partes integrantes del mismo acto, ya que si el acto constitutivo es un contrato, los Estatutos forman simplemente uno de sus elementos. Los Estatutos deben ser compilados y votados juntamente con el acto constitutivo, porque no se puede hacer un contrato si no establecen al mismo tiempo todos los elementos sobre los cuales debe converger el consentimiento de los contrayentes<sup>5 bis</sup>. «El Estatuto es distinto del acto constitutivo únicamente en las Sociedades Anónimas porque, sólo en estas Sociedades, la cualidad de socio es normalmente transmisible,

2. En la «Riv. D.º Comm.», 1934, t. I, pág. 293.

3. Véase BRUNETTI: *Tratato del Diritto delle Società*, t. II, Milán, 1948, páginas 197 y ss., en que se recogen las posiciones coincidentes de SALANDRA, ASCARELLI, AULETTA, y se afirma el carácter general con que se adopta por la doctrina italiana la orientación que describo. No es preciso, pues, hacer una «nota-catálogo».

4. También aquí está hecha la «recopilación» doctrinal (no es extraño que así suceda en un punto debatido cuando se coincide en una solución), y puede verse en el *Kommentar zum Bürgerliches Gesetz Buch* de PLANCK, t. I, 4.ª ed., Berlín, 1913, pág. 70.

5. *Handelsrecht und Schifffahrtsrecht*, 5.ª ed., t. II, Berlín, 1941, págs. 77 ss. 5 bis. Ob. cit., lug. cit.

y las reglas relativas al funcionamiento de la organización social aplicables también a los nuevos socios, se entienden oportunamente destacados de las disposiciones relativas a la formación originaria de la sociedad. Sin embargo, acto constitutivo y Estatuto, por su simultáneo e idéntico origen, tiene la misma naturaleza jurídica, forman un conjunto único y se interpretan recíprocamente, el uno por medio del otro, como una única declaración de voluntad (SALANDRA) <sup>6</sup>.

Podrá haber luego una discusión, reflejo de la correspondiente a la naturaleza jurídica del negocio constitutivo de la Sociedad, pero en cualquier caso es pacífico que los Estatutos son parte de ese negocio de constitución. En consecuencia, no es exacto que los Estatutos sean sólo la norma de la «sociedad nacida y en funciones». Los Estatutos hacen nacer la sociedad porque son una parte del negocio de constitución y «luego la rigen», pero este segundo aspecto no excluye al descrito.

b) La discriminación de los elementos del contrato que hace el art. 12 no es satisfactoria. Conviene transcribir ahora unos textos de D. comparado que, como antes, faciliten el razonamiento.

«La Sociedad debe constituirse por acto público. El acto constitutivo debe indicar: 1) El apellido y el nombre, el nombre del padre, el domicilio, la naturaleza y la raza de los socios y el número de acciones suscritas por cada uno de ellos. 2) La denominación, el domicilio de la Sociedad y los eventuales domicilios secundarios. 3) El objeto social. 4) El montante del capital suscrito y desembolsado. 5) El valor nominal y el número de las acciones y si estas son nominativas o al portador. 6) El valor de los créditos y de los bienes aportados «in natura». 7) Las normas según las cuales deberán repartirse los beneficios. 8) La participación en los beneficios que eventualmente se haya acordado a favor de los promotores o de los socios fundadores. 9) El número de los administradores y sus poderes, indicando cuáles de entre ellos tienen la representación de la Sociedad. 10) El número de los que compongan el «collegio sindicale». 11) La duración de la Sociedad.— El estatuto, que contiene las normas relativas al funcionamiento de la Sociedad, aunque forme objeto de acto separado, se considera parte integrante del acto constitutivo y debe alegarse en éste.» (Art. 2.328 del C. c. italiano.) «Los Estatutos deben establecerse en documento judicial o notarial... En el documento deberá constar el importe nominal, el

---

6. SALANDRA: *Società commerciale*, en «Nuevo Digesto Italiano», t. XII, 1940, pág. 440, columna 2.ª Mayor información puede obtenerse viendo los libros citados en las notas anteriores, en los lugares indicados. Se han discriminado en el texto los aspectos negativo y positivo, porque así conviene a la claridad de la demostración



desembolsado y si existen varias clases, la clase de acciones que cada partícipe asume. Los Estatutos deben determinar: 1.º La firma y el domicilio de la Sociedad. 2.º El objeto de la empresa. 3.º La cifra capital. 4.º El importe nominal de cada acción y, si existen varias clases, las clases de acciones. 5.º La manera de formar el consejo de administración. 6.º La fórmula con que la Sociedad se dará a conocer.» (Art. 16 de la Ley alemana del 37.) En derecho suizo, véanse los arts. 626, 627, 637 y 638 del C. O. modificado en 1936. «El «memorándum» de cualquier compañía debe consignar: a) El nombre de la compañía, con *limited* como última palabra del nombre, en caso de ser una compañía *limited by shares* o *by guarantee*. b) Situación en Inglaterra o Escocia del domicilio de la compañía. c) El objeto de la compañía. Si se trata de una compañía con un *share capital*: a) El *memorandum* debe también determinar, a menos que sea una *unlimited company*, el montante del *share capital*, con el que la compañía propone ser registrada y su división en acciones de un importe fijo. b) Ningún suscriptor del *memorandum* puede asumir menos de una acción. c) Cada suscriptor debe escribir frente a su nombre el número de acciones que asume. (Sect. 2 de la *Companies Act 1948*)<sup>7</sup>.

Inmediatamente saltan a la vista, si comparamos estos textos con el del artículo 12, las siguientes cosas: 1.º Un buen número de los datos que en nuestro artículo 12 constituyen parte de los Estatutos son en el Derecho italiano parte del *Atto costitutivo*. 2.º Si coincide con los Estatutos del Derecho suizo y alemán, es porque en estos sistemas no se ha discriminado un *contenido* para la escritura. *Todo es Estatuto*. 3.º El *Memorandum of association* inglés contiene parte de lo que el artículo 12 lleva a los Estatutos. Nótese<sup>8</sup> que el Derecho inglés regula los *Articles of association* que serían el equivalente de los Estatutos. Resulta así que el artículo 12 es *original*.

7. En esta sección no hay alteración fundamental respecto de la ley de 1929. Si en materia de modificación del *Memorandum*, pero eso no interesa. Véase MORRIS FINER: *Companies Act 1948*, Londres, sin data, pág. 116 de la parte de concordancias e innovaciones. Conviene recordar, en la imposibilidad de dar una idea mejor mediante la transcripción de artículos, que la «*Companies Act*» regula, además, los «*Articles of Association*», que vienen a constituir el equivalente de los Estatutos. La doctrina entiende que forman una unidad «*Memorandum*» y «*Articles*» a los fines de interpretación (vid. STEVEN'S: *Elements of mercantile Law*, 10.ª ed., 1938, a cargo de HERBERT JACOBS, pág. 225; PALMER'S: *Company Law*, 17.ª ed., Londres, 1942, a cargo de TOPHAN, pág. 29; CHARLESWORTH: *Principles of Company Law*, 2.ª ed., Londres, 1938, pág. 23 y ss.). En ellos se encontrará una visión más completa. En este lugar interesan ideas escuetas para facilitar la simplicidad en la comparación. Tampoco se puede exponer el significado como reminiscencia del sistema de ley especial que tiene el «*Memorandum*».

8. Vid. nota anterior.

Si ahora el lector se toma el trabajo de leer el artículo 12, prescindiendo del número 3, en el que se contienen los Estatutos, y considera que no existe ese número, verá que el contrato de Sociedad Anónima no puede nacer sin ese número que reglamentaría la Sociedad *ya nacida* en opinión de la Exposición. ¿Por qué ocurre esto?

α) Los números primero y cuarto contienen los *elementos esenciales* del Contrato de Sociedad, pero no del contrato de Sociedad Anónima. El número quinto contendría los *elementos accidentales*, pero, claro está, que no se sabe si del contrato de sociedad anónima o del contrato de sociedad. En efecto, en el estudio general de las sociedades se analizan los *elementos personales* (n.º 1), *elementos reales* (la aportación, n.º 4) y *elementos formales* (la escritura).

No se trata ahora de ver si están completos y si haría falta hablar de otras cosas. Interesa sólo el porqué de la *fórmula* de redacción. Pero la sociedad anónima es sociedad y además es anónima y requiera una *firma*, un *capital*, una *responsabilidad limitada*. De aquí que la voluntad de constituir una sociedad anónima del número 2, por muy *buena voluntad que sea*, no puede constituir una sociedad anónima que no se sabe *cómo se llama* ni qué capital tiene, etcétera. Esos son los *elementos esenciales* del contrato (?) de sociedad anónima y éstas en los Estatutos (!) del número 3. Consecuentemente, o los Estatutos son parte del contrato o no hay contrato de sociedad anónima en el Anteproyecto.

β) En la práctica, como los Estatutos forman parte de la escritura, no pasará nada, y desde este punto de vista el artículo funcionará bien. Pero no estará de más saber por qué. Cuando los redactores invocan que siguen el *esquema de la práctica mercantil española, que incorpora a los Estatutos a la escritura notarial de fundación*, pero que ellos *cuidan* de separar las cosas, dicen ya lo que necesitamos saber. Ellos se han equivocado al creer que el contenido propio de la escritura es sólo lo que enuncian en los números 1, 2, 4 y 5, y la práctica notarial llevaba razón al contener los Estatutos. La concesión a la práctica no es ningún regalo. Es incorrecta la ecuación escritura = contrato de sociedad, en general, que los redactores hacen, y era ya correcta la ecuación escritura = comparecencia y capacidad, exposición, estipulaciones y, entre ellas, los Estatutos (!), otorgamiento y autorización. La escritura es sólo una *forma*. No hay razón alguna para tipificar una escritura de sociedad, en general, porque puede contener cualquier clase de negocios.

γ) Los Estatutos que nacieron por vía de negocio jurídico *inmediatamente* después de servir al nacimiento de la sociedad, pasan a ser el *reglamento del ente corporativo*. Así explica la doctrina su alterabilidad. La voluntad de la corporación, manifestada por los *negocios colegiales* que son los acuerdos mayoritarios, puede modificarlos. La distinción entre *senalagma genético* y *senalag-*

*ma funcional*, inexistente éste en las anónimas, unida a las anteriores ideas, permiten excluir del concepto *modificación de los contratos* la modificación de los Estatutos.

El problema de los *límites* de la alterabilidad no interesa exponerlo ahora en toda su amplitud.

Es *inútil*, pues cualquier intento de extraer consecuencias de la distinción entre Escritura y Estatutos, que se hace en el Anteproyecto en materia de modificación de éstos:

1) En la *escritura* del Anteproyecto no hay materia que pueda suscitar deseo de modificación, porque no contienen *materia de Sociedad Anónima*. Por tanto, no se ha producido una detracción de cuestiones más o menos inalterables, como hace, por ejemplo, el *Memorandum of Association* inglés <sup>9</sup>.

2) Es en los Estatutos donde están, naturalmente, las cuestiones que constituyen el temario conocido de *bases esenciales*, que unidas a otras cuestiones que no constituyen el objeto de nuestro estudio, forman la materia problemática de la modificación de los Estatutos <sup>10</sup>.

3) Sería, pues, incorrecto, construir a la vista del artículo 12 una doctrina que considerara inalterable el *contrato* y alterables los *Estatutos*. Los pactos que se contengan en la escritura, de acuerdo con el número 5, no serán, por eso, permanentes. Su carácter se derivará de su propia naturaleza y no de la colocación en el documento notarial.

4) Es muy dudoso que el *contrato* de sociedad sea un *contrato*. Ya se ha dicho antes que no se pretende en este artículo construir la doctrina general de la fundación de la sociedad anónima, sino hacer el estudio crítico del capítulo del Anteproyecto que trata de este tema y, por consiguiente, exponer exclusivamente lo que se piense para ese fin. Por tanto, sin entrar en la exposición de las teorías sobre la naturaleza del negocio de fundación de una sociedad anónima, si importa decir que hoy está generalizada la doctrina que *niega* que se puede tratar de dicho negocio de acuerdo con la doctrina general de los contratos, en cuanto inducida de los bilaterales. Esta nota *negativa* es bastante y permite, sin exponer las distintas posiciones, hacer las siguientes advertencias:

a) La Exposición de Motivos ha debido evitar la utilización del término *contrato* para aclarar el artículo 12. No era necesario que se pronunciara en esa materia.

b) Desde el punto de vista positivo, el Anteproyecto ha debido tratar la materia de  *nulidades*.

5) De lo anteriormente expuesto se deduce que sin el rumbo

9. Véanse, en el lugar citado del libro de MORRIS FINER citado, las alteraciones en este punto respecto de la doctrina de la ley del 20, y también, recogiendo la línea marcada por el Cohem's Report, el artículo en «Revue Trimestrel de Droit Commercial».

10. Véase el cap. V del Anteproyecto, que confirma lo que en el texto se dice.

al que incita la Exposición de Motivos, el artículo 12, al incorporar los Estatutos a la Escritura, no por concesión a la práctica, sino porque así debe ser, no ofrece motivo de censura. Si la exposición no acompaña a la Ley o si se suprimen esos párrafos, no creo que sea necesaria ninguna otra modificación.

### B) *El presupuesto de la SUSCRIPCIÓN COMPLETA*

El tratar aquí de esta cuestión se debe a que se facilita su estudio a la vista del contenido del anterior epígrafe. En realidad, no hay otro problema doctrinal sino el de la adición de un *presupuesto* (juntamente con otros, en este momento excluidos de nuestra consideración), necesario para el nacimiento de la Sociedad. En el Derecho vigente se puede fundar una sociedad anónima sin suscripción íntegra de su capital. No hay tampoco ningún inconveniente *dogmático* en ello. En el Anteproyecto cambia la cuestión con la *condictio iuris* que se exige en el artículo 9.º Ni el sistema del Derecho vigente, ni el que se trata de implantar, plantean dificultades conceptuales. Lo que se trata de estudiar es si el cambio *dogmático* es *conveniente*, es decir, si es *práctica* la nueva solución *científica* que *retrasa* la fundación válida.

Los textos de interés son los siguientes:

«No podrá constituirse sociedad alguna que no tenga el capital suscrito totalmente y desembolsado en una cuarta parte por lo menos (art. 9.º).» «El capital social no podrá ser inferior en ningún caso a cinco millones de pesetas y se expresará precisamente en esta moneda (art. 4.º).» «Tanto en los Estatutos primitivos como en los acuerdos de su modificación adoptados con los requisitos previstos en el artículo 85, podrán encomendarse a los administradores de la sociedad la facultad de aumentar su capital en una o varias veces, hasta una cifra determinada, en la oportunidad y en la cuantía que ellos decidan, sin previa consulta a la Junta General. Estas elevaciones no podrán en ningún caso ser superiores a la mitad del capital nominal de la sociedad en el momento de la autorización y deberán realizarse dentro del plazo máximo de cinco años a contar de la fundación de la sociedad o de la modificación de sus Estatutos y mediante la emisión de acciones ordinarias. La emisión se someterá a lo previsto en los artículos 90, 91, 92 y 93 de la presente Ley. Hasta que la emisión se realice, el capital autorizado no podrá estar representado por acciones ni llevado al pasivo del balance (art. 97).»

Su análisis requiere un estudio del significado del Derecho vigente y del origen del nuevo sistema para poder hacer juicio de éste.

1. En el Derecho vigente la situación es como sigue, tomando un texto de Garrigues:

«Nuestro Código de Comercio no contiene ninguna norma general sobre suscripción de acciones. Excepcionalmente el artículo 185 prohíbe la constitución de Compañías de ferrocarriles y demás obras públicas mientras no tuvieren suscritas todo el capital social y realizado el 25 por 100 del mismo. Luego las demás Compañías pueden constituirse aunque no esté suscrito todo el capital social o, aunque estándolo, no esté desembolsado el 25 por 100. El Reglamento del Registro acoge en su terminología la palabra técnica *suscripción* (arts. 122, núm. 8.º, 127 y 130). Del primero de esos preceptos se deduce que para el acceso al Registro no es necesario la íntegra suscripción del capital social (la suscripción ha de expresar las acciones que hubieren sido inscritas y las que la Sociedad conservase en cartera). Menos todavía necesita estar totalmente desembolsado el capital en el momento de la fundación: el párrafo 7.º del art. 151 impone como requisito de la escritura la determinación del plazo o plazos en que habrá de realizarse la parte de capital no desembolsado al constituirse la Compañía (este precepto ha de ponerse en relación con el 185).» «De aquí la triple posibilidad en cuanto a la situación del capital que una Sociedad Anónima emite: *en cartera* (la Sociedad no pone en circulación todas las acciones, sino que se reserva una parte de ellas para ofrecerlas a la suscripción cuando tenga necesidad de nuevos recursos); *suscrito* (los futuros accionistas se han obligado mediante la suscripción al desembolso del importe nominal de las acciones suscritas); *desembolsado* (los accionistas han cumplido en su totalidad la prestación ofrecida al suscribir las acciones, quedando éstas liberadas)» <sup>11</sup>.

El propio ilustre autor marca la relación entre nuestro sistema y el inglés.

«El hecho de que tampoco la legislación inglesa conozca la distinción entre fundación sucesiva y simultánea y la similitud entre el capital *autorizado* del Derecho inglés y el capital *escriturado* de nuestra práctica notarial y el capital *emitido* de aquel derecho y el capital *suscrito* del nuestro, inducen a pensar en una aproximación de nuestro sistema al inglés. Es cierto que el Derecho inglés no exige tampoco la íntegra suscripción del capital como requisito previo al nacimiento de la Sociedad Anónima, pero también es cierto, que el sistema de publicidad es allí más

---

11. GARRIGUES: *Tratado*, I, 2, págs. 854 y ss.

riguroso que entre nosotros, de suerte que el público conoce perfectamente la cifra del capital autorizado y la del capital emitido y suscrito»<sup>12</sup>.

2. La Exposición de Motivos sigue las ideas anteriores. En la página 22 se contienen las transcritas y en la siguiente se añade:

«El anteproyecto reacciona contra este sistema que permite la constitución de Sociedades con enormes capitales aparentes, de los cuales se suscribe tan sólo una ínfima parte y se desembolsa sólo una pequeñísima porción de esa ínfima parte. El principio que instaura el Anteproyecto es el que no podrá constituirse Sociedad alguna que no tenga el capital suscrito totalmente y desembolsado en una cuarta parte al menos. No desconocen los redactores del Anteproyecto que este principio viene derechamente a prohibir una práctica muy extendida en las Sociedades Anónimas españolas, y que consiste en conservar en cartera cierto número de acciones, ya en el momento fundacional, ya en el momento de la elevación del capital, para conceder así a los administradores un fondo de maniobra con ese capital en cartera, cosa que les permitirá elegir a su arbitrio el momento más adecuado para lanzar este capital al público, entregando las acciones en cartera para ser suscritas a metálico o a cambio de una aportación de bienes *in natura*. El sistema de las acciones en cartera permite, ciertamente, a los administradores una gran libertad de movimientos para atraer nuevos recursos a las cajas sociales sin necesidad de observar los rigurosos requisitos de la reforma estatutaria. Pero se ha creído que estas ventajas eran menores que los inconvenientes de semejante práctica, derivados quizá de la costumbre de llevar al pasivo del balance la totalidad del capital escriturado, para dar mayor sensación de poderío económico, aunque ese capital no esté suscrito, llevando al Activo la contrapartida de las acciones en cartera, las cuales se manejan como si realmente constituyeran un Activo real. Por ello, ha parecido prudente la supresión radical de las acciones en cartera, sin crear ninguna oscuridad en cuanto a la situación económica de la Sociedad, ni dar ocasión a manipulaciones, que, a veces, adolecían de falta de pulcritud.»

---

12. Ob. cit., págs. 861 y ss. Al párrafo que he recogido en el texto habrían de hacerse algunas observaciones, particularmente en lo referente a las clases de fundación, ya que habría que exponer la materia del «Commencement of business» y el otorgamiento del «Trading certificate». En cualquier caso, es la síntesis descriptiva lo que interesa.

3. Parece que el *capital autorizado* que se preconiza y se reglamenta en el artículo 97 procede del Derecho inglés, sistema jurídico con el que se daba la mayor analogía de nuestra práctica. No es así. El *capital autorizado* inglés ha venido al Anteproyecto *vía Alemania*, sintetizando los preceptos contenidos en los artículos 169 y 170, fundamentalmente de la Ley alemana del 37.

Doy el texto para que pueda hacerse la comparación de texto y técnica entre el artículo 97 y éstos:

«Los Estatutos pueden autorizar al Consejo de Administración por un período máximo de cinco años, a partir de la inscripción de la sociedad, a elevar el capital mediante la emisión de nuevas acciones contra aportaciones hasta un determinado importe (*Genehmigtes Kapital*). La autorización puede hacerse mediante la modificación de los Estatutos por un período máximo de cinco años, a partir de la inscripción de la modificación. El acuerdo de la Junta General requiere una mayoría, al menos, de los tres cuartos del capital representado en el acuerdo. Los Estatutos pueden exigir una mayoría superior u otros requisitos. Se aplica debidamente el artículo 149, ap. 2 (referente al aumento del capital). El importe nominal del capital autorizado no deberá ser superior a la mitad de la cifra-capital existente en el momento de la autorización. Las nuevas acciones deberán emitirse con el consentimiento del *Aufsichtsrat* (art. 169). Para la emisión de las nuevas acciones rigen correspondientemente, si otra cosa no se deduce de las disposiciones siguientes, los artículos 152, 153, apartados 1 y 2, 154 a 158, sobre aumento de capital. En el lugar del acuerdo sobre aumento de capital se sustituye la autorización de los Estatutos para emitir nuevas acciones (artículo 170, ap. 1).»

El Derecho italiano, artículo 2.443, también conoce el *capital autorizado* en términos semejantes<sup>13</sup>.

4. Sin embargo, hay un *capital autorizado* continental y un *capital autorizado* inglés, semejantes pero no iguales, cuya diferenciación se debe a razones históricas. Conviene que en rápida síntesis se exponga lo que hay sobre este particular<sup>14</sup>.

13. «El acto constitutivo puede atribuir a los administradores la facultad de aumentar, en una o más veces, el capital mediante emisión de acciones ordinarias, hasta un montante determinado, por el período máximo de un año, desde la fecha de la inscripción de la Sociedad en el Registro de Empresas. Tal facultad puede también ser atribuida, mediante modificación del acto constitutivo, durante la vida de la Sociedad, por el período máximo de un año desde la fecha del acuerdo. El acuerdo de los administradores de aumentar el capital debe depositarse e inscribirse de acuerdo con el artículo 2.436.»

14. En la evolución histórica que a continuación se trata en el texto, he seguido fundamentalmente la monografía de RODO V. SALIS: *Das autorisierte*

Se evitará exponer el total de la evolución de la estructura interna de la Sociedad Anónima y consecuentemente del significado histórico del capital hasta que el *fonds perpetuel* o el *joint stock* es defendido y se adquiere conciencia del principio de estabilidad. En la exposición clásica de LEHMANN está hecha esa tarea. Se da, pues, por supuesto que es fácil contrastar lo que está detrás de los puntos de partida que a continuación se adoptan.

a) La *Buble Act inglesa* podría tomarse como representativa de la implantación formal de un sistema, que paralelamente al continental de *Oktroi* atribuía al Estado unas funciones de protección preventiva, extraordinariamente onerosa en tiempo, dificultades y dinero, por el sistema de *Charter*, cuya concesión se reservaba el Parlamento. La *Charter* había de contener una cláusula referente al capital (la continuidad histórica inglesa permite verla aún en el contenido *necesario* del *Memorandum of Association*), cuya alteración implicaba las mismas dificultades que el otorgamiento mismo en el supuesto de fundación. Para protegerse del rigor de la inalterabilidad y contando con la falta de preceptos sobre *capital mínimo o máximo o mínimo de suscripción*, se siguió la práctica de consignar un capital superior a las necesidades inmediatamente previsibles sencillamente por *si acaso*. Este es el *capital autorizado* por el *acto público* de concesión de la *Charter*. Se trata económicamente de prever facilidades en orden a la financiación de la empresa, por vía de fundación o de aumento de capital. Desde el punto de vista jurídico, se persigue originariamente *anticipar la autorización* del Estado. Sólo secundaria y posteriormente, y como reflejo de dos cosas, a saber: la independización frente al Estado, al privatizarse la sociedad anónima, y el fortalecimiento de la dirección, el capital autorizado implica un *anticipo* de la autorización por la Junta general <sup>15</sup>.

b) En el Derecho francés, el punto de partida es el *Code*. Hasta él, no hay derecho general de sociedad anónima, sino la Ley de cada sociedad. La interpretación del Código y del *sistema de concesión* que se implanta exige un análisis *material* de la *oportunidad* de cada sociedad. La tutela pública penetra en la adecuación del capital, al fin de la empresa. Los Prefectos, al autorizar la concesión, han de examinar si el capital existe efectivamente y si su desembolso está asegurado. No se llega a exigir la *suscripción íntegra*: se puede autorizar una sociedad, si se indican plazos en los cuales la suscripción se pueda completar, decayendo la concesión si no se realiza.

El tránsito de este sistema, de exigencia *relativa* de la suscrip-

---

*Kapital* («Rechtsvergleichende Behandlung von Gründungsfinanzierung und Kapitalerhöhung der Aktiengesellschaft»). Berlín y Zurich, 1937. He procurado confrontar con ella los textos ingleses, italianos y franceses posteriores a la fecha de edición. A este libro me remito para mayores detalles, ya que sólo he recogido ideas muy someras y asintéticas.

15. Véase SALIS, ob. cit., pág. 50.



ción completa, al *absoluto* se debe al cambio del *sistema de la concesión* al de *disposiciones normativas*, forzado por las sociedades comanditarias. Para éstas no se exigía la suscripción íntegra, porque se confiaba en la responsabilidad ilimitada de su dirección. Los grandes abusos cometidos mediante la utilización de testaferrros fueron inmediatos. Se impuso entonces el principio de *suscripción íntegra*, sin ninguna posibilidad de aplazamiento (Ley de 17 de julio de 1856). Esta rigurosa prescripción, que acompañaba a la libertad interna de movimientos, se importó también con las sociedades de responsabilidad limitada (Ley de 23 de mayo de 1863) y, por último, pasó a la Ley fundamental de 24 de julio de 1867. Mas no se trata de una norma aislada. Su origen está en esos antecedentes, pero su *sentido* deriva del nuevo *sistema normativo*. El Estado se desentiende de toda investigación *material* sobre la utilidad de la empresa y abandona su misión tutelar. Ofrece a los acreedores y suscriptores los elementos para que ellos juzguen; he ahí la razón de ser de la *publicidad registral*. Pero no se conforma con esto y exige, además, la necesidad de la *suscripción íntegra*, cuyo origen hemos visto <sup>16</sup>.

Así pues, deja de tener sentido la expresión capital *autorizado*... por el Estado. Si se pretende buscar sentido al hablar de un capital *autorizado* hay que encaminarse hacia la distribución de poderes entre los órganos de la sociedad; si cabe un anticipo de autorización por la Junta general al afirmarse la soberanía de ésta. Pero este tema queda excluido de nuestra consideración <sup>17</sup>.

La gran influencia del Derecho francés del siglo pasado lleva las normas, antes expuestas, al Derecho continental. Y así resulta que en el Derecho alemán precedente a la reforma de 1937—de donde, como antes se ha dicho, viene el artículo 97—se pueden seguir los mismos momentos del Derecho francés (Código de 1862, *Aktien-nouvelle* de 1870, *Aktiennouvelle* de 1884, Código del 97).

c) Se inicia en el Derecho continental el examen del Derecho anglosajón, como posible modelo, en Alemania como consecuencia de la aproximación de su técnica financiera a la de esos países. El problema a resolver está dado fundamentalmente por las fórmulas jurídicas peligrosas con que se pretende orillar la falta de agilidad financiera que llevan en sí el principio de *Wollzeichnung* y los requisitos del aumento de capital. Fundamentalmente, el problema se plantea alrededor de un instrumento que produce el tráfico alemán, semejante en sus peligros a nuestras acciones en

16. No bastan las anteriores ideas—me hago cargo—para dar una «sención» completa del significado tutelar del sistema de concesión; pero he de prescindir de lo accidental en temas como este, de suyo extensos.

17. No interesan las fórmulas del Derecho comparado que permiten la utilización del mecanismo del capital autorizado o cuando no haya nada sobre el particular en el Derecho positivo, sino justamente las contrarias, las que se adoptan en el Derecho comparado actual orientando esa práctica anterior. En todo caso, véase SALIS. ob. cit., págs. 211 y ss.

cartera, aunque conceptualmente diverso. Se trata de las *Verwaltungsaktien*<sup>18</sup>.

Se discutió si debía buscarse la solución del problema mediante el establecimiento de una adecuada publicidad para aquellas acciones o desterrarlas, creando la posibilidad del capital autorizado. La práctica usual de las fórmulas de aumento abreviado inclinó por esta solución. Así aparece un *Genehmigtes Kapital* semejante, pero distinto, del capital autorizado inglés<sup>19</sup>.

d) La evolución marcada nos permite ahora percibir el sentido de las diferencias entre el sistema continental y el inglés. La exigencia de *suscripción completa* que impuso el sistema de *prescripciones normativas*, al sustituir al de *concesión*, sigue teniendo en el continente una historia legislativa de un siglo, en el que coincide con el desarrollo de las grandes empresas, ha penetrado en la práctica y se ha tenido que partir de su arraigo y utilizar su técnica.

Consecuentemente, al introducirse el *Genehmigtes Kapital*—utilicemos esta expresión desde ahora para marcar la diferencia—se sigue la misma técnica de la fundación. El aumento se libera de la impedimenta del acuerdo especial en Junta general, pero ha de hacerse sobre la base de *emisiones independientes y autónomas*, a las cuales se aplican, a su vez, los principios de suscripción completa, *dembolso parcial* y *publicación posterior* a esos presupuestos. No se publica hasta entonces el *Genehmigtes Kapital*.

El *Authorised capital* inglés, no tiene las mismas características por razones correlativas. No se pasó en la evolución por el estudio del sistema de la *concesión*. No se implantó el principio de

18. Las «Verwaltungsaktien» son acciones creadas por acuerdo de la Junta general, suscritas por un consorcio, Banco o entidad fiduciaria por cuenta de la Sociedad, sin que ésta haya recibido nada en calidad de desembolso por las mismas. La necesidad de la «suscripción completa» ofrece «jurídicamente» un punto de diferenciación fundamental frente a las acciones en cartera de la práctica española. Pero «económicamente», al no ir acompañada la suscripción del desembolso son, unas y otras, semejantes. Los peligros son los mismos: inseguridad para los accionistas y para los terceros, especulación, posibilidad de ejercitar los derechos de voto, de suscripción preferente y al dividendo, manipulaciones contables, etc. Así se explica que, junto a la facilidad concedida en el Derecho alemán con el «Genehmigtes Kapital», se trate de eliminar esta clase de acciones con el artículo 51, apartado 1.º: «Quien como fundador, suscriptor, o en el ejercicio del derecho de opción preferente del artículo 165, ha asumido una acción por cuenta de la Sociedad o de una Empresa dependiente de ella, no puede alegar que no la ha asumido por su cuenta. Responde de su total importe sin consideración a sus pactos con la Sociedad o con la Empresa dependiente. Hasta tanto asuma la acción por su cuenta, no le son atribuibles los derechos de la acción.» Este precepto es muy importante si se quieren prever las deformaciones que en la práctica española puedan producirse, si el Anteproyecto deviene ley.

19. La fórmula pasa a Italia en la forma que hemos visto más atrás. En Suiza se rechazó, no sin notables discusiones muy interesantes que pueden verse en SALIS, ob. cit., págs. 233 y ss., las cuales tenían la referencia del Derecho proyectado alemán. Prescindiendo de otros países, pues no me interesa un «dato más», sino sistemas

*suscripción completa*. No se forzó la evolución hacia las *emisiones independientes*. El remanente del *Authorised capital* sobre el *capital issued and outstanding* puede ser colocado en forma *continuada*. No por esto padece la protección a la publicidad y a la estabilidad <sup>20</sup>.

La ventaja del sistema inglés es evidente desde el punto de vista de la posibilidad y agilidad en la financiación de las empresas o en sus aumentos de capital. No es lo mismo colocar un bloque de acciones de una vez en una *emisión* que disfrutar del factor tiempo sin límite en la colocación pausada y oportuna. Sin embargo, no debe entenderse que la rapidez sea absoluta en el sistema continental. La intervención de la Banca la suaviza, ya que recibe de la *emisión* de una vez y la coloca luego sin sometimiento a plazo. Esta práctica, por otra parte, constituye—si la Banca cumple bien su misión—un aval a la seriedad de la *emisión*. Pero hace falta la Banca.

5. La *crítica* al Anteproyecto puede concretarse en los siguientes puntos:

α) En la evolución de nuestro Derecho, aunque—como en los demás países—se recibió la gran influencia mercantilista francesa del siglo pasado, en el tránsito del sistema de la concesión al normativo no se acentuó la importancia de la *suscripción completa* y no se impuso. De consiguiente, nuestro Derecho y nuestra práctica se separaron de la evolución continental, y esta última se orientó hacia una técnica semejante a la inglesa, pero sin sus garantías <sup>21</sup>.

Siendo así, y no por mero *casticismo jurídico*, es evidente que la *importación* habría de justificarse en alguna forma más satisfactoria que la única que a primera vista se descubre: la de la comodidad. Indudablemente, de no seguirse esa evolución, tendría que haberse elaborado en forma distinta varias materias ligadas a ésta, las cuales vienen ya inspiradas en el patrón continental, justamente por que la práctica también lo venía siguiendo.

β) Desde un punto de vista de oportunidad económica, habría que preguntarse si en la situación de desenvolvimiento actual de nuestras organizaciones económicas es despreciable la agilidad en

20. Naturalmente, no puede exponerse aquí en su totalidad el sistema inglés. La razón está en la particular sistemática de legislación de Sociedades, que no consiente un paralelismo suficiente con la continental que permita sintetizar mediante remisiones y exposición de particularidades. De consiguiente, se haría pesada una exposición completa. No obstante, sí conviene indicar que la visión de las rigurosas «garantías» del sistema inglés pueden verse estudiando las partes que en los libros y en la ley se destinan a «Register of members», «Allofment» y «Annual return». Puede servir cualquier libro para la comprensión del mecanismo, aunque no sea posterior a la Ley del 48, ya que ésta no ha implantado modificaciones fundamentales en el sistema (véase MORRIS FIRMER, cit., y los apartados 72 y ss., por ej., del Cohen's Report).

21. Me parece que está lo suficientemente divulgada la evolución legislativa del siglo pasado en materia de Sociedades Anónimas como para permitirme eludir una nota falsamente «erudita» mostrándola.

la vida financiera de las empresas que el sistema inglés ofrece, incluso con sus garantías.

γ) En cualquier caso, me parece que es esta una materia particularmente adecuada para ser decidida de acuerdo con las indicaciones provenientes de los protagonistas de la vida de las sociedades anónimas. Luego los juristas deben resolver el problema *técnico* que lleva aparejada la solución a la que tengan que acoplarse.

### III. El proceso de la fundación en particular

Con este epigrafe quiero indicar que voy a seguir el plan de sucesión de acontecimientos en la fundación, que creo el más adecuado en esta parte del estudio crítico.

Se omiten las cosas sobre las cuales me parece que no hay nada que decir. Este trabajo no es una exposición general de la fundación de la sociedad anónima.

Aunque se repitan cosas y se hagan necesarias remisiones, hay que conceder a la sistemática la separación entre fundación simultánea y sucesiva para mayor claridad. A partir del momento referente a la inscripción, no se hará diferencia entre una y otra forma de fundación.

#### A) *Fundación simultánea.*

El concepto de la misma, que se deduce de la delimitación de la noción del fundador en el artículo 11, es satisfactorio: «En el caso de fundación simultánea—dice—o por convenio serán fundadores las personas que otorguen la escritura social y asuman todas las acciones. Su número no podrá ser inferior a tres».

a) Pero el concepto de *fundador* que se da en ese artículo no lo es. El concepto de *fundador* se refiere a la *creación* de la *constitución* (Estatutos) de la Sociedad. En el Derecho comparado las definiciones no confunden *fundador* y *suscriptor*. Lo que sucede, en la fundación simultánea, es que son únicos suscriptores los fundadores, a los efectos de suscripción total necesaria para que la fundación pueda efectuarse.

Habiendo unido ambas ideas, los redactores han hecho una definición de fundador *para la fundación simultánea*, pero no han definido quiénes son fundadores en la sucesiva. La situación que así se crea, puede plantear dificultades por su oscuridad. En efecto, en el artículo 14, se dice: «Los fundadores están obligados a realizar todo lo necesario para obtener la inscripción de la Sociedad y responden solidariamente, frente a ella y frente a terceros, de la aportación de la cuarta parte del capital suscrito, cuando conscientemente hubiesen aceptado la suscripción por personas insolventes...». Parece, pues, que hay *fundadores* en la fundación sucesiva, sin que entre en el concepto la suscripción total de las

acciones por ellos mismos. Sin embargo, por el lugar en que cita el artículo, hay que suponer que los *fundadores* de la fundación simultánea se convierten, en la sucesiva, en los *otorgantes* del ap. f. del artículo 22, sustituyéndose los *fundadores* por los *promotores* del artículo 17.

La dualidad *fundador, promotor*, que se acoge en el Anteproyecto, exige que se pongan en claro las relaciones entre ambos conceptos. Por la continuidad con que se suceden los artículos, sin subdivisiones en secciones u otros apartados, se siente la inercia de seguir jugando con el concepto de *fundador* en la fundación sucesiva. Sería de desear, ya que se ha aceptado la dualidad *fundador, promotor*, declarar expresamente que el concepto de *fundador* no se utiliza en la fundación sucesiva.

Servirá para la mejor comprensión de la crítica anterior poner de manifiesto que en el Derecho comparado los sistemas de Derecho positivo utilizan la dualidad de conceptos que se recogen en el Anteproyecto (D. italiano, art. 2.341, y ant. o D. inglés) o el concepto unitario de fundador referido no a la formal «participación» en el otorgamiento del acto constitutivo, sino a la real colaboración en la redacción de los Estatutos (art. 21 D. suizo).

b) Los acuerdos que se concierten con motivo de la fundación pueden ser particularmente interesantes. Sin necesidad de entrar en las particularidades del significado del término *fundación cualificada*, es posible referirse a las materias que en la actualidad vienen mereciendo la atención de los legisladores.

a) La materia de las *ventajas particulares* es objeto del artículo 13 del Anteproyecto. Su texto dice:

«Los fundadores sólo podrán reservarse remuneraciones o ventajas cuyo valor en conjunto no exceda del diez por ciento de los beneficios netos según balance y por un período máximo de diez años.»

El modelo de esta solución, entre los varios posibles<sup>22</sup>, ha sido el artículo 2.340 del Derecho italiano. He aquí este artículo en su integridad: «Los promotores pueden reservarse en el acto constitutivo, independientemente de su cualidad de socios, una participación no superior en total a un décimo de los beneficios netos

22. En el Derecho alemán—art. 19—, en el suizo—arts. 628, último y 636— se sigue el sistema de asegurar el conocimiento de los interesados mediante la consignación expresa en los Estatutos y documentos en que éstos se contengan. Un mecanismo de publicación es también el inglés, aunque el epígrafe de ventajas particulares sea insuficiente para albergar las precauciones y supuestos de «disclosure» del Derecho de este país.

resultantes del balance y por un período máximo de cinco años. No pueden estipular en su ventaja propia ningún otro beneficio».

Aparentemente, la diferencia de redacción y la supresión del último inciso del artículo C. c. italiano en el correspondiente del Anteproyecto, no tiene trascendencia. Mas en realidad sí la tiene. Las ventajas particulares implican o pueden implicar pretensiones jurídicas que son independientes de la cualidad de socio, que permanezcan bajo la titularidad del fundador incluso cuando éste transmita sus acciones y constituyendo derechos inatacables porque le correspondan en calidad de tercero. Piénsese, por ejemplo, en la concesión de determinadas exclusivas o preferencias para la adquisición de productos. El artículo 13, debido a su *redacción*, no *circunscribe* a participación en los beneficios las ventajas particulares, como hace el Derecho italiano, sino que las toma para la *computación* del valor económico de las ventajas. Esta *computación* sería enormemente difícil, tanto que inclina a pensar que los redactores no han querido decir lo que el artículo dice. Para eso haría falta haber tomado también el último inciso del C. c. italiano.

β) La aportación de bienes *in natura* constituye, como es sabido, una de las materias más delicadas, porque ofrece grandes facilidades para permitir, a fundadores de mala fe, realizar buenos negocios, en perjuicio de los demás socios y de los acreedores, mediante el falseamiento del equivalente patrimonial del capital a través de la sobrevaloración de los elementos aportados. Esta cuestión—como la anterior—plantea problemas iguales en el supuesto de fundación simultánea o sucesiva.

El Anteproyecto se refiere a ella en los artículos siguientes: 12, 4.º, 14, 18, 22 e), 32 y 33. Estos textos contienen normas que se refieren a: 1.º La teoría general de la aportación y de rechazo al caso de que consista en bienes. 2.º A la aportación *in natura* en el caso de *fundación simultánea*, y 3.º Al mismo problema en el supuesto de *fundación sucesiva*. Vamos a remitir al último lugar de nuestra consideración las normas que se refieren al primer punto.

1) En el caso de fundación simultánea las garantías de valoración exacta estriban exclusivamente en la responsabilidad de los fundadores y en la revisión del artículo 33, que suponemos de aplicación general en cualquier clase de fundación.

He aquí el contenido de esos artículos: «Los fundadores están obligados a realizar todo lo necesario para obtener la inscripción de la Sociedad y responden solidariamente frente a ella y frente a tercero... de la realidad de las aportaciones no dinerarias y de su exacta valoración...» (art. 14). «Los administradores de la Sociedad Anónima, dentro del plazo de cuatro meses a contar desde su constitución, están obligados a revisar la valoración de las aportaciones no dinerarias. Hasta que esta revisión se realice, los accionistas aportantes no podrán obtener los títulos definitivos de sus

acciones. Si la revisión a que se refiere el párrafo anterior demuestra que el valor de los bienes aportados cubre las cuatro quintas partes de la parte fijada inicialmente como valor de la aportación, la diferencia será de cuenta de la Sociedad. En caso contrario, los administradores solicitarán del Juez el nombramiento de un perito que hará la tasación de los bienes. Si resultare para éstos un valor inferior a las cuatro quintas partes del inicial, el socio deberá optar entre que se le anulen las acciones equivalentes a la diferencia, separarse de la Sociedad o completar en dinero esa diferencia. En los dos primeros casos, la Sociedad reducirá su capital en la medida correspondiente» (art. 33).

¿Constituye suficiente garantía? Conviene responder a esta pregunta situando la cuestión a la vista del Derecho comparado. En las legislaciones que se han venido invocando se exige un mayor vigor. Los recursos técnicos son los siguientes: 1.º «Publicación» suficiente. En el Derecho alemán y suizo es ésta una de las materias que deben contenerse en los Estatutos<sup>23</sup>. Téngase en cuenta que estos son asequibles con mayor facilidad que el Registro, aunque—por supuesto—estén inscritos. Además, en el Derecho alemán constituye uno de los puntos al que debe referirse la «memoria» de la fundación<sup>24</sup>. 2.º En el Derecho alemán se impone «ex lege» la obligación de pagar en dinero la diferencia si no se han observado los requisitos de determinación que imponen<sup>25</sup>. 3.º En el Derecho italiano se acompaña una estimación pericial según el artículo 2.343.

La solución del Anteproyecto parece que omite una «publicación» suficiente de los datos necesarios para que los terceros hagan juicio. La revisión del artículo 33 no parece demasiado eficaz en el caso de fundación simultánea, ya que en plazo de cuatro meses en que ha de hacerse, los administradores serán los nombrados en la escritura de constitución, según el artículo 16.

El llamar la atención sobre esta materia, en el caso de fundación simultánea, puede estimarse como una precaución exagerada. Sin embargo, si el lector tiene en cuenta que puede partirse de esta clase de fundación para eludir la sucesiva y recurrir al público mediante el aumento de capital, o al uso del «capital autorizado», percibirá que no hay razón para hacer aquí el control más suave.

2) En la fundación sucesiva juegan los artículos 18, 2.º, 22 c) y 33. He aquí el texto de los mismos:

«En el caso de que se proyecten aportaciones no dinerarias, el programa hará mención suficiente de la natura-

23. Arts. 20, Ley alemana, y 631 y 638 del Código de las Obligaciones.

24. V. art. 24.

25. V. art. 20.

leza y valor de la aportación y expresará el nombre del aportante y el lugar en que estará a disposición de los suscriptores la Memoria explicativa y el informe técnico sobre la valoración asignada» (art. 18, 2.º). «En el plazo máximo de seis meses, contados a partir del depósito del programa de fundación en el Registro Mercantil, los promotores convocarán mediante carta certificada y con quince días de antelación como mínimo a cada uno de los suscriptores de las acciones para que concurran a la Junta constituyente, que deliberará en especial sobre los siguientes extremos: ... c) Aprobación, en su caso, del valor que se haya dado a las aportaciones no dinerarias» (art. 22). Véase el 33 más atrás.

No se comprende muy bien el significado del 2.º del artículo 18. En él se habla de una «memoria explicativa» y de un «informe técnico» que no aparecen en ningún otro lugar del Anteproyecto. ¿Cuál es el contenido de esa memoria? ¿Qué «técnico» redacta el informe? Al hablar de la «memoria» y del «informe» parece que ya se han mencionado y es en otro lugar donde se exigen. ¿Se trata de una mera consecuencia de la redacción o es que se ha omitido en otro lugar la referencia? ¿Será que se acarrean ideas tomadas de Derecho comparado que luego por olvido se han quedado en el tintero de los redactores? <sup>26</sup>.

3) El artículo 32 necesitaría de un estudio muy largo. Aquí sólo se intenta llamar la atención sobre que en realidad contiene una materia que corresponde a la teoría general de la aportación, la cual es común a toda clase de Sociedades y no peculiar de la Sociedad anónima.

«Las aportaciones dinerarias deberán realizarse en moneda nacional. Si la aportación fuere en moneda extranjera,

---

26. Véanse los artículos de Derecho comparado referidos en una nota a propósito de la fundación simultánea. De ellos transcribo el 2.343 del Código civil italiano para, evitando hacer mediante la copia de todos aquellos una nota que disipe la atención, dar, sin embargo, una base de contraste para percibir el sentido del «sonido» del artículo 18 del Anteproyecto y del 33: «Quien aporte bienes «in natura» deberá presentar la «relazione» jurada de un «experto», designado por el Presidente del Tribunal, que contengan la descripción de los bienes aportados, el valor atribuido a cada uno de ellos y los criterios de valoración seguidos. La «relazione» debe alegarse en el acto constitutivo. Los administradores y los síndicos (que no existen, en términos generales, en el Anteproyecto) deben, en el término de seis meses a partir de la constitución de la Sociedad, controlar las valoraciones contenidas en la «relazione» indicada en el párrafo precedente, y, si existen motivos fundados, deben proceder a la revisión de la estimación. Hasta que no hayan sido controladas las valoraciones, las acciones correspondientes a las aportaciones «in natura» son inalienables y deben permanecer depositadas en la Sociedad. Si resulta que el valor de los bienes aportados es inferior en más de un quinto respecto del por el que se aportan, la Sociedad debe reducir proporcionalmente el capital social, anulando las acciones que queden en descubierto. Sin embargo, el socio aportante puede ingresar la diferencia en dinero o salir de la Sociedad.»



se someterá a las reglas propias de las aportaciones no dinerarias. Si la aportación consistiere en bienes muebles o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación, en los términos establecidos por el Código civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de comercio sobre este mismo contrato en punto a transmisión de riesgos. Si la aportación consistiere en un derecho de crédito, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor. Si se aportare una empresa o establecimiento mercantil o industrial, se aplicará a la transmisión el artículo 1.532 del Código civil» (art. 32).

Necesariamente, cualquier intento de renovación de grandes zonas del Código de comercio ha de plantear problemas, por insuficiencia de las regulaciones de las concordancias que permanezcan en el viejo texto. Pero no se trata—como se dice antes—de estudiar toda esta cuestión. Únicamente se intenta centrar aquí la siguiente advertencia: en la actualidad, a la separación entre compraventa mercantil y compraventa civil viene sustituyendo, en los textos unificados (C. c. italiano y C. de Obligaciones suizo e incluso en el D. inglés), la correspondiente a compraventa de muebles y compraventa de inmuebles. Parece que esta división es más importante y está más justificada. El lector debe hacerse cargo de que no puedo entrar en más detalles, pues habrá percibido que estamos nada menos que en el gran problema que se ha venido llamando de «la unidad del Derecho de Obligaciones», y no se puede traer aquí todo ese tema. Pero la referencia es bastante para comprender que la mezcla del § 2 del artículo 32 es peligroso<sup>27</sup>. Me parece mejor que este artículo se hubiera omitido o en su caso hacer una «injerción» más completa en el sistema general de nuestro Derecho<sup>28</sup>.

c) La designación de los órganos de administración está prevista en el artículo 16:

«Los fundadores» pueden designar en la escritura social las personas que han de ejercer el cargo de administra-

27. En España esas dificultades a que me refiero han surgido ya. El Código de comercio, al pensar en «mercancías» resulta inadecuado para otros «objetos». Recuérdese el comentario de A. C. POTO a una sentencia del T. S. aparecido en la «Revista de Derecho Privado», en que «la culpa era de los achaques del Código de comercio». Por otra parte, la bibliografía española en materia de «riesgos en la compraventa» demuestra que con los textos hoy vigentes no se adelanta mucho en seguridad y claridad, con lo que, consecuentemente, la remisión del Anteproyecto no brinda un panorama sonriente. El lector conoce dónde está esa bibliografía que indico en esta nota y me dispensará benévola-mente de mi incorrección al no buscársela. Está uno tan cansado de erudición impertinente como de omisión astuta de citas...

28. Dos omisiones importantes se notan: la materia de «Sachübernahme» o «réprises de biens» y la de «gastos de fundación». En general, el tema de omisiones lo eludo y, por tanto, quede sólo la referencia.

dores. Los así nombrados deberán someter su nombramiento a la aprobación de la primera Junta general que se celebre.»

Cuando se habla de que «pueden» parece más bien que se debía decir «deben».

d) El momento y la forma de puesta a disposición de la Sociedad de los desembolsos correspondientes, por lo menos, al mínimo acordado, en cumplimiento del artículo 9.º, no ha merecido la atención de los redactores del Anteproyecto. En Derecho comparado este requisito constituye una prevención usual para salir al paso de un fraude también tipificado en las fundaciones de Sociedades.

Los textos que interesan dicen así: «La Sociedad se puede también constituir por un acto documentado en forma auténtica y firmado por todos los fundadores en donde éstos declaren constituir una Sociedad Anónima... Los fundadores deben confirmar en este acto... 2.º Que el importe legal o un importe superior fijado por los Estatutos, como desembolso de dinero a realizar por cada acción, ha sido puesto a disposición de la Sociedad en la Oficina cantonal de consignación o ha sido cubierto por las aportaciones estatutarias «in natura» (art. 638 del C. de Obligaciones suizo). Para proceder a la constitución de la Sociedad se necesita: ... 2) Que se haya desembolsado en una institución de crédito al menos los tres décimos de las aportaciones en dinero (art. 2.319 del C. c. italiano).

Tampoco constituye objeto de atención el facilitar el examen del proceso fundacional mediante alguna memoria explicativa. Con esto se llega al momento de la inscripción, que será estudiado aparte.

### B) *Fundación sucesiva.*

El proceso, antes de la inscripción, discurre a través de tres momentos fundamentales: redacción y publicación del programa, suscripción de acciones y Junta general constituyente.

a) Nuevamente aquí el concepto de «promotor» del artículo 17 motiva dudas acerca de su corrección.

En la «fundación por inscripción pública, los promotores redactarán y suscribirán el programa de fundación» (artículo 17).

Ni en este artículo ni en el siguiente se les impone la obligación de redactar el proyecto de Estatutos (en el sentido unitario

que expuse en el apartado 1), y como el «fundador» es el «otorgante» y aquí aun no hay otorgamiento, resulta que no se sabe si lo habrían de hacer otras personas. En realidad, la Ley se refiere a ellos, aunque no expresamente, como debiera.

No es indiferente o poco importante esta objeción. El Anteproyecto ha seguido al C. c. italiano, y quizá hubiera sido más correcto que se hubiera inspirado en el C. de Obligaciones suizo o en la Ley alemana. La importancia del problema estriba en que el contenido de las declaraciones de voluntad que suponen las suscripciones y el criterio de la unanimidad necesaria en la Junta constituyente deben estar dados por el Proyecto de Estatutos y no por el programa, como hace el artículo 23<sup>29</sup>. El problema es grave, porque supone nada menos que la posibilidad de someter a los suscriptores por acuerdos mayoritarios simples a prescripciones omitidas en el programa que no fueron queridas por ellos en la suscripción. Por otra parte, en la Junta constituyente se plantea ya por primera vez los límites de «bases fundamentales» y «derechos individuales» en algunos ordenamientos.

Consecuentemente, la publicidad debe referirse tanto al programa como a los estatutos. El contenido mínimo del programa debe ser inderogablemente fijado. La redacción del artículo 18 no ayuda a esta conclusión.

«El programa de fundación contendrá las indicaciones que los promotores juzguen oportunas sobre la sociedad en proyecto y los Estatutos que han de regirla, y en especial...» (art. 18).

El fin de publicidad que cumple el «Programa» se podía haber satisfecho sin necesidad de la dualidad: «Programa», «Boletín de suscripción». Bastaría con este último, llenando el contenido del programa como en Derecho alemán o facultar, por lo menos para que así se haga, como en Derecho suizo<sup>30</sup>.

b) La suscripción merece en el Anteproyecto dos artículos (art. 20 y art. 21).

---

29. «La Asamblea de suscriptores... Sin embargo, para modificar las condiciones establecidas en el programa, se necesita el consentimiento de todos los suscriptores» (art. 2.335 del C. c. italiano). «Son promotores los que en la constitución, por suscripción pública, han formado el programa de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 2.333» (art. 2.337 del C. c. italiano). «... la Asamblea discute el proyecto de Estatutos al que se ha referido la suscripción de acciones... no puede realizar modificaciones fundamentales al proyecto, sino con el consentimiento de todos los suscriptores representados» (art. 635 C. de Obligaciones suizo). V. también artículo 30 Ley alemana. Es importante la firma del programa a los efectos de imputación de ciertas responsabilidades; pero—independientemente del problema de su suficiencia—no lo es para otros.

30. Vid. artículos 30, 2 de la Ley alemana y el artículo 631, último párrafo, suizo.

«La suscripción de acciones se hará constar en un Boletín, extendido por duplicado, que contendrá necesariamente: la denominación de la futura sociedad y la referencia a su programa de fundación; el nombre, apellidos, nacionalidad y domicilio del suscriptor; el número de acciones que suscribe y la clase o serie de las mismas, si existieren varias; la fecha y la firma del suscriptor de las acciones. El duplicado del Boletín se devolverá al suscriptor con la firma de uno de los promotores, al menos, o la del establecimiento autorizado por éstos para admitir las suscripciones» (art. 20). «La suscripción de acciones, que no podrá modificar las condiciones del Programa, deberá realizarse dentro del plazo fijado en el mismo, previo desembolso de un veinticinco por ciento al menos del importe nominal del capital suscrito» (art. 21).

En términos generales, el Anteproyecto ha procedido correctamente al recibir la práctica del Boletín de suscripción y no exigir ninguna otra «forma» que pudiera resultar gravosa. No obstante, queda el problema de si sería válida la suscripción realizada bajo «forma escrita», privada que no fuera un «Boletín», aunque tuviera el contenido que a éste se impone. Parece que la solución debe ser afirmativa, pues la seguridad que se persigue queda satisfecha. Siendo así, debiera haberse exigido la forma escrita privada en general y alternativamente el «Boletín».

Las notas de «caracterización», que en el Derecho comparado se reciben, no aparecen en el artículo 21. Así, por ejemplo: condicionamiento a la constitución válida del efecto vinculante de la suscripción, plazo en que se obliga, etc. Sobre este particular es posible que sea acertado el criterio del Anteproyecto dejando sin prejuzgar los problemas que la doctrina discute.

En cambio, la parte que en el Derecho inglés se llama de «allotment» de las acciones ha sido completamente omitido. La práctica española conoce la cuestión y aporta soluciones que quizá han debido examinarse. Es posible la suscripción en distintos establecimientos, en forma tal que se produzca la suscripción de más acciones de las que comprende la emisión, y al revés. En estos casos, ¿cómo se asigna su número? En caso de menor suscripción, ¿quedan liberados los suscriptores?

Ya antes se ha visto que la puesta a disposición de los desembolsos sobre el importe de la acción no habían sido tratados con motivo de la fundación simultánea. Ahora, en la «sucesiva», se impone una obligación de desembolso del veinticinco por ciento «en el momento de la suscripción», que debe estimarse demasiado rigurosa y demasiado confiada. No es probable que satisfaga a los suscriptores la imposición de un pago anticipado si no se funda luego. Por otra parte, no debe ponerse a disposición

de posibles promotores de mala fe esa cantidad<sup>31</sup>. Considerada como precaución para asegurar la seriedad de la suscripción es excesiva.

c) La Junta general constituyente—momento esencial de la fundación sucesiva en todos los ordenamientos— es tratada en el Anteproyecto en cuatro artículos.

«En el plazo de seis meses, contados a partir del depósito del Programa de fundación en el Registro Mercantil, los promotores convocarán, mediante carta certificada y con quince días de antelación como mínimo, a cada uno de los suscriptores de las acciones para que concurran a la Junta constituyente, que deliberará en especial sobre los siguientes extremos: a) Aprobación de las gestiones realizadas hasta entonces por los promotores. b) Aprobación de los Estatutos sociales. c) Aprobación en su caso del valor que se haya dado a las aportaciones no dinerarias. d) Aprobación de las ventajas particulares reservadas a los promotores, si las hubiere. e) Nombramiento de las personas encargadas de la administración de la Sociedad. f) Designación de la persona o personas que debieran otorgar la escritura fundacional de la Sociedad» (art. 22). «La Junta estará presidida por el promotor primer firmante del programa de fundación, y para que pueda constituirse válidamente deberá concurrir a ella, en nombre propio o ajeno, un número de suscriptores que representen al menos la mitad del capital suscrito. Cada suscriptor tendrá derecho a un solo voto y los acuerdos se tomarán por una mayoría integrada al menos por la cuarta parte de los suscriptores concurrentes a la Junta, que representen como mínimo la cuarta parte de las acciones. En el caso de que existan aportaciones no dinerarias, los aportantes no podrán intervenir en ninguna de las votaciones relativas a la aprobación del valor de esta clase de aportaciones» (art. 23). «La Junta podrá modificar el contenido del programa de fundación con el voto unánime de todos los suscriptores concurrentes a la Junta» (art. 24). «Los acuerdos adoptados por la Junta y las protestas formalizadas en ella se harán constar en un acta autorizada por el suscriptor que ejerza las funciones de Secretario, con el visto bueno del Presidente» (art. 25).

El temario sobre el cual ha de deliberar la Junta y que se in-

---

31. He aquí las precauciones del Derecho suizo: «La parte del capital social desembolsado en dinero debe depositarse por cuenta de la Sociedad en constitución en una oficina de consignación designada por el Cantón. No puede ser remitido a la Administración sino después de la inscripción de la Sociedad en el Registro mercantil» (art. 633). En el Derecho alemán e italiano se utilizan mediante remisión las normas de la fundación simultánea.

dica en el artículo 22 contiene los puntos que comúnmente se estiman fundamentales. Únicamente se nota la falta en la enumeración del tema referente al examen del cumplimiento en la fundación de los preceptos de Derecho necesario y de los presupuestos (suscripción total y desembolso, por ejemplo). Parece también que se podía haber reservado expresamente la posibilidad de que en los Estatutos proyectados se designasen los administradores para un primer período y no atribuir en todo caso a la Junta constituyente esta designación. No estaría de más exigir la aportación de una memoria sobre los puntos principales.

El texto del artículo 23 es, en términos generales, satisfactorio. Es más claro exigir la unanimidad de los asistentes, presuponiendo al asentimiento de los ausentes, que seguir el sistema de mayoría, especialmente cualificadas. Únicamente—partiendo del significado «confirmativo» de la Junta—me parece que lo modificable debieran ser los «Estatutos» y no el «Programa».

El cómputo de mayorías que se preconiza en el párrafo segundo del artículo 23 no está demasiado claro. La cuarta parte de los asistentes no es una mayoría si no se cuenta con un gran número de abstenciones, y no puede representar la cuarta parte de las acciones si el artículo quiere referirse al total de estas últimas.

d) En el momento del otorgamiento de la escritura al que se refiere el artículo 26 se plantea el problema del significado del último inciso de este artículo: El texto del mismo dice:

«En los treinta días siguientes a la celebración de la Junta, las personas que hayan sido designadas con arreglo al apartado f) del artículo 22 otorgarán escritura pública de constitución de la Sociedad, conforme a lo prevenido en el artículo 12 y con sujeción a los acuerdos adoptados por la Junta y a los demás documentos justificativos.»

¿Cuáles son esos documentos justificativos? La expresión «los demás» no es lo suficientemente precisa. ¿A título de qué se alegan? <sup>32</sup>.

### C) *La inscripción.*

Los artículos que dedica el Anteproyecto a esta materia son los siguientes:

«La Sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Desde este momento la Sociedad tendrá personalidad jurídica. Se re-

32. He aquí un artículo del Derecho suizo, más claro en su redacción que el del Anteproyecto: «Las decisiones de la Asamblea general se constatan en documento auténtico. El proyecto de Estatutos, los Estatutos adoptados por la Asamblea general, así como, si ha lugar, el «prospectus» y el «rapport» de los fundadores, se anexionan al documento auténtico» (art. 637).

putarán nulos los pactos sociales que se mantengan reservados» (art. 7). «Los fundadores están obligados a realizar todo lo necesario para obtener la inscripción de la Sociedad y responden solidariamente frente a ella y frente a tercero de la aportación...» (art. 14). «La escritura pública de la fundación será, en todo caso, presentada para su inscripción en el Registro Mercantil del domicilio de la Sociedad dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. Los otorgantes tendrán las facultades necesarias para hacer la presentación, tanto en el Registro Mercantil como en el de la Propiedad y para solicitar la liquidación y hacer el pago de los impuestos y gastos respectivos» (art. 27). «Si hubiere retraso en el otorgamiento o en la presentación o morosidad en las gestiones necesarias para inscribir la escritura social, que fueran imputables a los otorgantes, éstos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados» (art. 28).

A la vista de estos textos, es necesario plantear una serie de problemas, algunos de los cuales son lo bastante graves como para merecer particular atención.

α) La inscripción ha de ser solicitada por los fundadores u otorgantes de la escritura, según la clase de fundación (arts. 14 y 27), y se impone a los mismos la responsabilidad consiguiente. Aparentemente, la solución no es objetable. Una Ley de sociedades anónimas no debe tratar los temas de Derecho registral. Sin embargo, el tema de las «irregularidades» en el Derecho de Sociedades es demasiado grave y sirve para poner en primer plano la importancia de la actividad registral «de oficio». En este sentido no basta exigir responsabilidad, porque con eso no se hace sino suplir una falta «inevitable» y consumada de publicidad. Es necesario conseguir la publicidad, porque ésta no sirve sólo a los fundadores, o por tanto, si es posible, no debe depender exclusivamente de su iniciativa <sup>33</sup>.

β) El Registro debe recibir no sólo la escritura, sino además la documentación producida en la fundación—materia que, como hemos visto, no ha sido muy atendida—, con objeto de fa-

---

33. En el Derecho italiano la materia se ordena así: «El notario que ha recibido el acto constitutivo debe depositarlo, dentro de los treinta días, en la oficina del Registro de Empresas en cuya circunscripción esté establecido el domicilio social, alegando los documentos comprobantes de haber tenido lugar el desembolso de los décimos en dinero y, para las aportaciones «in natura», la «relazione» indicada en el artículo 2.343, así como las autorizaciones eventuales requeridas para la constitución de la Sociedad. Si el notario o los administradores no proveen al depósito del acto constitutivo y de los documentos alegados dentro del término indicado en el párrafo precedente, cualquier socio puede proveerlo a cargo de la Sociedad o hacer condenar a los administradores a realizarlo...» (art. 2.330 C. c. italiano). Véase en Derecho suizo todo el capítulo III de la «Ordonnance sur le Registre du commerce» de 7 de junio de 1937.

cilitar el examen completo y con antecedentes suficientes del importante período fundacional.

γ) Una materia importantísima omitida es la referente a los posibles efectos «sanatorios» de la inscripción como consecuencia de la confianza en la calificación y publicidad registrales. La doctrina alemana ha elaborado esta materia al desarrollar el *Offenkundigkeitsprinzip*, y en los textos de Derecho comparado se contienen reglas de primordial interés en este orden de ideas <sup>34</sup>.

Indudablemente, estas materias—y otras, v. g., la inscripción de sucursales, entre las más importantes—necesitarían para ser debidamente tratadas resolver el acoplamiento con la reglamentación registral de nuestro Derecho. Entiendo que no se trataría de una incursión injustificada, sino más bien de una consecuencia ineludible de la redacción de la nueva Ley.

D) El artículo 8 aborda el tema de la sucesión de la Sociedad en los contratos anteriores a la inscripción. El texto del artículo dice así:

«La validez de los contratos concluidos en nombre de la Sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil quedará subordinada a este requisito y a la aceptación por la Sociedad dentro del plazo de tres meses. En su defecto, los gestores serán responsables solidariamente frente a las personas con las que hubieren contratado en nombre de la Sociedad. Los gestores podrán realizar antes de la inscripción los actos necesarios para la constitución de la Sociedad, siendo de cuenta de ella los gastos que por esta causa se originen.»

---

34. Copio a continuación alguno de esos textos, aunque se omita su desarrollo doctrinal, que sería materia muy amplia: «La Sociedad no adquiere la personalidad sino por la inscripción en el Registro mercantil. La personalidad se adquiere por la inscripción, incluso cuando las condiciones de aquella no se han cumplido. Sin embargo, cuando los intereses de los acreedores o de los accionistas estén gravemente amenazados o comprometidos por el hecho de haberse violado en la fundación disposiciones legales o estatutarias, el juez puede, a petición de uno de los acreedores o accionistas, dictar la disolución de la Sociedad. Al ejercitarse la acción, el juez puede también, a petición de parte, ordenar medidas provisionales. La acción se extingue si no se ha ejercitado dentro de los tres meses a partir de la publicación en la «Feuille officielle suisse du commerce». «Las acciones emitidas antes de la inscripción de la Sociedad, son nulas; las obligaciones que resulten de la suscripción de acciones permanecen, sin embargo, intactas. Los autores de la emisión son responsables de todo el daño causado» (arts. 643 y 644 del C. Obl. suizo). Habiendo tenido lugar la inscripción de la Sociedad en el Registro de Empresas, la declaración de nulidad del acto constitutivo no perjudica la eficacia de los actos realizados en nombre de la Sociedad. Los socios no se liberan de la obligación de la aportación hasta que no hayan sido satisfechos los acreedores sociales. La sentencia que declara la nulidad nombra los liquidadores. La nulidad no puede declararse cuando su causa ha sido eliminada por efecto de una modificación del acto constitutivo inscrita en el Registro de Empresas» (art. 2.332 del C. c. italiano). En gracia a la brevedad, omito la transcripción del número 3 del artículo 30 y de los artículos 216 a 218 de la Ley alemana.



La solución del problema se corresponde con la comúnmente admitida en Derecho comparado salvo en un punto. Es el siguiente: El Anteproyecto habla de «gestores», y en cambio en los textos correlativos de Derecho comparado se habla de los que han intervenido en los negocios de que se trate<sup>35</sup>.

La diferencia es importante desde el doble punto de vista de la precisión técnica y de fondo. ¿Quiénes son los «gestores» en el Anteproyecto? ¿Cuántos serían los obligados? ¿Por qué ofrecer a los terceros, más responsables que aquellos con los que han contratado efectivamente?

E) Este estudio quedará incompleto porque no se va a tratar del tema referente a las «responsabilidades». La razón es que habían de tocarse materias de Derecho penal financiero que parecen hoy necesario complemento y su estudio llevaría por otros caminos que no me parece que deban traerse por vía accesoria de este trabajo.

---

35. Véanse artículos 2331 C. c. italiano, 341 Ley alemana y 645 Código de Obl. suizo.