

Las Sociedades Mercantiles Irregulares en el Derecho Español

La expresión sociedad irregular hace referencia a una sociedad que no satisface las reglas exigidas por la legislación respectiva. Es una sociedad que no reúne las formalidades debidas.

De aplicar tajantemente el párrafo primero del artículo 4.^º del Código civil: "Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez", el tema de las sociedades irregulares (o irregularmente constituidas) se identificaría con el de la nulidad de dichas sociedades por nulidad del acto constitutivo.

Pero un estudio más detallado de tal artículo 4.^º nos dice que en tales sociedades no será nulo el acto constitutivo si la misma ley ordena su validez; la cuestión se reduce entonces a buscar en la legislación positiva preceptos que ordenen su validez en su totalidad o en determinados aspectos.

El tema de las sociedades mercantiles irregulares se plantea con especial interés en nuestra legislación por varias causas, la principal de las cuales tal vez sea la oscuridad y confusión de su reglamentación legal, mezclada hoy con los preceptos dictados por el Ministerio de Hacienda y la fuga que los mismos originan ante las formalidades de constitución, para acogerse a tipos menos claros y más propicios por ello a oscuridades y faltas de reglamentación fácilmente aprovechables.

Se plantea una cuestión formal, cual es la del status jurídico de las sociedades mercantiles que no han cumplido los requisitos del artículo 119 del Código de Comercio. Dicho problema se desdobra en dos:

- I. ¿Son civiles o son mercantiles tales sociedades?
- II. ¿Cuál es su regulación positiva?

I. El problema de si las sociedades mercantiles irregulares son efectivamente mercantiles o son civiles se plantea por los mercantilistas fundamentalmente sobre los artículos 116 del Código de Comercio y 1.670 del Código civil.

Antes de la promulgación del Código civil regía sólo el artículo 116, que dice: "El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, será *mercantil*, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código." Sobre este texto del párrafo primero del artículo 116 parece deducirse que si no se han cumplido las formalidades prescritas por el Código de Comercio la sociedad no será mercantil; parece, pues, existir un criterio rígidamente formalista.

Dice, por otra parte, el artículo 1.670 del Código civil: "Las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código." Según la interpretación que corrientemente se da a este artículo, sociedades que son civiles en cuanto al objeto pueden adoptar las formas establecidas por el Código de Comercio, y entonces se hallan regidas por él.

Como conclusión, parece, pues, deducirse que si una sociedad no cumple en debida forma esos requisitos del Código de Comercio, no "será mercantil" (art. 116 del Código de Comercio), no le "serán aplicables sus disposiciones" (art. 1.670 del Código civil), advirtiendo que si no cumple las condiciones del artículo 1.669 del Código civil se regirá por las "disposiciones relativas a las comunidades de bienes" (artículo 1.669 del Código civil).

Por tanto, una sociedad mercantil irregular se regiría o por las normas de la sociedad civil o por las de la comunidad de bienes.

Pero a la conclusión opuesta se llega mediante las siguientes consideraciones:

A) Para la distinción de las sociedades civiles y mercantiles existe, además del elemento formal aludido, un elemento real u objetivo de gran importancia, dado que existen sociedades que se califican como comerciales fundamentalmente por su objeto; pueden verse los siguientes preceptos:

1. Artículo 117, párrafo segundo, del Código de Comercio: "Se-

rá libre la creación de Bancos territoriales, agrícolas, y de emisión y descuento; de sociedades de crédito, de préstamos hipotecarios, concesionarias de obras públicas, fabriles, de almacenes generales de depósito, de minas, de formación de capitales y rentas vitalicias, de seguros, y demás Asociaciones que tuvieran por objeto cualquiera empresa industrial o de comercio."

2. Artículo 123 del Código de Comercio: "Por la índole de sus operaciones, podrán ser las Compañías mercantiles:

Sociedades de crédito.

Bancos de emisión y descuento.

Compañías de crédito territorial.

Compañías de minas.

Bancos agrícolas.

Concesionarias de ferrocarriles, tranvías y obras públicas.

De almacenes generales de depósito.

Y de otras especies, siempre que sus pactos sean lícitos, y su fin la industria o el comercio."

3. Artículo 124 del Código de Comercio: "Las Compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilios a la vejez, y de cualquiera otra clase, y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo, sólo se considerarán mercantiles, y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código, cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad, o se convirtieren en sociedades a prima fija."

Todo ello lleva a considerar un elemento objetivo como concurrente con el formal para la calificación de una sociedad como mercantil. Y, por tanto, una sociedad irregular de objeto mercantil será sociedad mercantil por su objeto aunque no por su forma.

B) Por otra parte, tal vez la interpretación que corrientemente se da al artículo 1.670 del Código civil no sea la correcta, atendido su texto, y ello nos dé un nuevo elemento objetivo.

La interpretación corriente de tal artículo, más arriba transcrita, es que las sociedades que son civiles por el objeto a que se consagran pueden revestir las formas reconocidas por el Código de Comercio, siéndole entonces aplicables su disposiciones; o sea, que el adoptar la forma mercantil aun teniendo objeto civil da lugar a la aplicación del Código de Comercio.

Pero un examen gramatical de tal artículo creemos permite la inter-

pretación siguiente: Al decir que "las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir . . .", creemos que la colocación de las comas, creando el inciso "por el objeto a que se consagren", permite interpretar que las sociedades civiles "pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio" por el objeto a que se consagren o en razón de tal objeto; o sea que en razón de ese objeto adoptan esa forma, y por todo ello se rigen por el Código de Comercio.

La objeción que inmediatamente se ocurre es la de qué tienen de civiles (así las califica el art. 1.670 del Código civil), unas sociedades con objeto y forma mercantil. El asunto es fácilmente explicable: la sociedad civil sería un *genus*, y la regida por los preceptos del Código de Comercio, la *especie*. Sería distinguir las sociedades civiles regidas por el Código civil, de las regidas por el Código de Comercio; ello equivaldría a constituir con la sociedad civil un tipo del Derecho común, que regiría como supletorio de las disposiciones del Código de Comercio (ver artículo 16 del Código civil).

Tal interpretación se halla amparada por un argumento histórico de gran valor. El artículo 264 del Código de Comercio de 1829 decía:

"El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes industriales, o alguna de estas cosas, con objeto de hacer algún lucro, es aplicable a toda especie de operaciones de comercio bajo disposiciones generales del Derecho común, con las modificaciones y restricciones que establecen las leyes del comercio."

Como nota Girón Tena ("Sociedades civiles y sociedades mercantiles; distinción y relaciones en Derecho español". *Revista de Derecho mercantil*, núm. 10, pág. 22), "en la mente del legislador, el concepto jurídico de sociedad es único". Y dice en las páginas 23 y 24 del mismo trabajo: "Las sociedades, sean para operaciones de comercio o no, se rigen por el Derecho civil. Si son para operaciones mercantiles, entonces el Derecho civil sufre las modificaciones que ha impuesto el Derecho mercantil. Esto implica: a) No hay un concepto de sociedad civil y un concepto de sociedad mercantil contrapuestos, y unos subconceptos de una y otra. b) Se piensa por el legislador en que el Derecho mercantil de sociedades contiene únicamente desviaciones, respondiendo a aquel espíritu de las Ordenanzas."

Sintetizando: para que una sociedad se rija por el Código de Comercio, según la interpretación que damos al artículo 1.670 del Código civil, es preciso que reuna un objeto y una forma mercantiles. No hay.

pues, discordancia entre el Código civil y el de comercio, y las sociedades irregulares son mercantiles por tener objeto mercantil, aunque no hayan cumplido las formalidades del Código de Comercio.

Plantéase ahora el problema del concepto de la sociedad irregular en nuestro Derecho. Según Utande ("Sociedades mercantiles irregulares en el Derecho español". *Revista de Derecho privado*, 1944, pág. 127.) :

"1. En primer lugar, ha de reunir los requisitos exigidos en punto a la validez del pacto social, para que así el ente que se crea tenga existencia jurídica real, independientemente de que tenga personalidad jurídica o no; cuestión cuyo estudio no es de este lugar.

2. Ha de ser, además de sociedad, mercantil; vemos la necesidad de que en su actuación se dé un elemento real, una nota de actividad mercantil exclusiva o al menos de carácter predominante en cuanto al número de las operaciones sociales, y concretamente al respecto de las principales de éstas.

3. En tercer lugar, ha de caracterizarse por una cualidad negativa; o dicho de otro modo, por la omisión de unas determinadas condiciones: las de constitución regular, las cuales ofrecen una variedad necesaria, dada la diversidad de ordenamientos jurídicos positivos."

La define el mismo autor (trabajo citado, pág. 129) como "aquella sociedad que habiéndose constituido por acuerdo jurídicamente válido, y dedicándose fundamentalmente a operaciones de comercio desde su fundación o con posterioridad a ésta, no ha cumplido los requisitos formales exigidos por el Código de Comercio en su artículo 119" (otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro mercantil).

II. Regulación positiva de las sociedades irregulares.

"El sistema español, dice Bérgamo ("Instituciones de Derecho mercantil; Notarías", pág. 215), carece de una regulación orgánica de las sociedades irregulares. La ausencia de preceptos legales sobre la materia y el casuismo, muchas veces contradictorio, de nuestra jurisprudencia, desplazan toda la responsabilidad de la elaboración sobre la doctrina, la cual, a este efecto, parte de una enérgica diferenciación entre el aspecto interno y el aspecto externo de las relaciones jurídicas derivadas del contrato de compañía."

A) Relaciones jurídicas internas. Es innegable la validez del pacto social entre los socios que lo firmaron. Las relaciones internas se hallan disciplinadas por dicho pacto social siempre que se cumplan los re-

quisitos de los artículos 1.261 y 1.666 del Código civil, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 1.261. No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:..

- 1.º Consentimiento de los contratantes.
- 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.
- 3.º Causa de la obligación que se establezca."

"Artículo 1.666. La sociedad debe tener un objeto lícito y establecerse en interés común de los socios.

Cuando se declare la disolución de una sociedad ilícita, las ganancias se destinarán a los establecimientos de beneficencia del domicilio de la sociedad, y en su defecto, a los de la provincia."

En este aspecto interno rigen las disposiciones del párrafo primero del artículo 117 del Código de Comercio, según el cual "el contrato de compañía mercantil, celebrado con los requisitos esenciales del Derecho, será válido y obligatorio entre los que lo celebren, cualesquiera que sean la forma, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan, siempre que no estén expresamente prohibidas en este Código".

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones. Así, la sentencia de 24 de enero de 1900 afirma que "el contrato de compañía mercantil es válido y obligatorio entre los que lo celebren, sea cualquiera su forma, con tal que concurren los requisitos esenciales del Derecho, según se establece en el artículo 117".

"Lo mismo por el artículo 1.667 del Código común que por el 117 del de Comercio, el contrato de sociedad es válido y obligatorio, cualquiera que sea la forma en que se celebre, y, por tanto, los defectos que hayan podido cometerse en la constitución de las mercantiles, nunca podrían afectar a las relaciones de la sociedad con los terceros, con arreglo a la inteligencia que debe darse al artículo 118 del último cuerpo legal." (Sentencia de 2 de diciembre de 1902.)

En sentido idéntico pueden verse las sentencias de 7 de mayo de 1927, 4 de abril de 1921, 2 de enero de 1928, 12 de mayo de 1932 y 15 de octubre de 1940.

Niegan validez al pacto no otorgado con las condiciones del artículo 119 las sentencias de 18 de octubre de 1873, 31 de mayo de 1912, 25 de mayo de 1917, 22 de mayo de 1930 y 5 de julio de 1940, y resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de julio de 1920. La sentencia de 14 de febrero de 1945 ha reafirmado

la doctrina verdadera, declarando la validez entre las partes de un pacto privado de sociedad.

B) Relaciones jurídicas externas.

La infracción del artículo 119 del Código de Comercio acarrea una triple sanción.

1.^a Inadmisión de la personalidad jurídica de la sociedad. Dice el párrafo segundo del artículo 116 que "una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos". Luego si no se constituye la compañía con las formalidades del artículo 119, no gozará de personalidad jurídica. Dice en este sentido la sentencia de 8 de mayo de 1885: "Las sociedades mercantiles no tienen personalidad para demandar en juicio hasta que sus escrituras sociales se inscriben en el Registro."

2.^a Invalidez de los negocios jurídicos concluídos con terceros. Según el artículo 118 del Código de Comercio, "serán igualmente válidos y eficaces los contratos entre las compañías mercantiles y cualesquiera persona capaces de obligarse, siempre que fueren lícitos y honestos y aparecieren cumplidos los requisitos que expresa el artículo siguiente". Luego si no se han cumplido los requisitos del artículo 119 (escritura pública e inscripción en el Registro mercantil), no serán válidos y eficaces los acuerdos con terceros.

En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en algunas ocasiones. Sin embargo, llega a conclusiones absurdas por aplicación desmedida del artículo 24 del mismo Código, que dice que "las escrituras de sociedades no registradas surtirán efecto entre los socios que las otorguen, pero no perjudicarán a tercera persona, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable". Así, en la cuestión de si el tercero puede pedir a la sociedad el cumplimiento del contrato, las sentencias de 25 de enero de 1868, 14 de febrero de 1870, 20 de marzo de 1875, 23 de junio de 1885, 13 de junio de 1891, 20 de noviembre y 2 de diciembre de 1896, 2 de diciembre de 1902 y 7 de mayo de 1927 afirman que el artículo 24 no se refiere a los contratos que la sociedad o sus gestores concluyan con terceros, los cuales podrán ser válidos, no obstante la falta de inscripción, y pudiendo utilizarlos los terceros en lo favorable.

Sobre la cuestión de si la sociedad puede pedir al tercero el cumplimiento del contrato, las sentencias antiguas se limitaban a negar personalidad a la sociedad para esos efectos. Pero en 29 de abril

de 1901 la jurisprudencia toma nuevo rumbo al amparo del artículo 24, desecharlo la aplicación de los artículos 118 y 119.

3.^a Responsabilidad de los gestores. Según el artículo 120, "los encargados de la gestión social que contravinieren a lo dispuesto en el artículo anterior serán solidariamente responsables para con las personas extrañas a la compañía con quienes hubieran contratado en nombre de la misma". Al no existir responsabilidad de la sociedad por no contar con personalidad, responden solidariamente sus gestores.

* * *

Estudiaremos como último problema un nuevo requisito para la constitución de determinadas sociedades, cuya falta de cumplimiento puede originar su irregularidad; nos referimos a la autorización ministerial.

A) Historia.

El artículo 2.^º de la Ley de 10 de noviembre de 1942 disponía: "Igual autorización necesitarán para constituirse todas las sociedades anónimas y demás de responsabilidad limitada, cualquiera que sea la cuantía de su capital que concedan, para la suscripción de ésta, derechos de preferencia a otras entidades, a los socios o accionistas de éstas o que se constituyan a base de la absorción de otras empresas o incorporación de negocios que vinieren explotándose con anterioridad."

La sanción al incumplimiento de tal precepto la enuncia el artículo 9.^º de la Ley de 15 de mayo de 1945 en la forma siguiente: "Las escrituras públicas relativas a actos jurídicos para los que se precise la autorización a que se refiere esta Ley y las de 19 de septiembre y 10 de noviembre de 1942 no podrán ser inscritas en los Registros mercantil y de la Propiedad si no tienen inserta o se presentan acompañadas de la resolución ministerial que conceda dicha autorización. De las resoluciones insertas en los documentos inscritos quedará archivada, en el Registro mercantil, una copia literal, autorizada por el Registrador que firme la inscripción."

Por otra parte, la Orden de 14 de junio de 1946 dispuso:

"1.^º Siempre que al constituirse una sociedad anónima o de responsabilidad limitada—cualquiera que sea la cuantía del capital—sean apórtados fábricas, maquinaria, locales o géneros de comercio de cualquier clase será necesario obtener autorización ministerial, sin cuyo

requisito no podrán ser inscritas en el Registro mercantil correspondiente. Se exceptúa el caso de que aquellos elementos industriales o comerciales hubieran pertenecido a un negocio extinguido con más de un año de anticipación, siempre que este extremo resulte demostrado con documentos oficiales relacionados con la tributación o de otro orden.

2.º Las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada de nueva creación, cualquiera que sea la cuantía del capital, no podrán adquirir fábricas, maquinaria, locales o géneros de comercio que integren la totalidad de los pertenecientes a un negocio en marcha hasta transcurrido un año después de su constitución. Si lo hicieren, y los servicios de investigación de la Hacienda demostrasen que tales operaciones encubrían incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 2.º de la Ley de 10 de noviembre de 1942; dichas personas jurídicas sufrirán las sanciones previstas por el artículo 11 de la Ley de 15 de mayo de 1945. Se exceptúa el mismo caso previsto en el número precedente de esta Orden."

Y el número 8.º de la Ley de 31 de diciembre de 1946 dice en su párrafo primero: "Además de en los casos señalados en las Leyes de 19 de septiembre y 10 de noviembre de 1942 y 15 de mayo de 1945, será indispensable autorización del Ministerio de Hacienda para que puedan quedar legalmente constituidas las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada cuyo capital exceda de cinco millones de pesetas."

B) Legislación vigente.

Tales preceptos han sido refundidos en la Orden de 28 de febrero de 1947 y Decreto-ley de 17 de julio del mismo año en la forma que sistematizamos a continuación:

1. Casos en que es precisa la autorización.

Según las letras a) y b) del número 1.º de la Orden de 28 de febrero de 1947:

a) "Para que puedan quedar legalmente constituidas las sociedades anónimas y demás de responsabilidad limitada cuyo capital exceda de cinco millones de pesetas, aun cuando no se proceda a su total desembolso en el momento de la constitución";

b) "Para la constitución de sociedades anónimas y demás de responsabilidad limitada, aun cuando su capital fuere inferior a cinco millones de pesetas, si se conceden, para la suscripción de éste, dere-

chos de preferencia a otras entidades o se constituyen a base de la absorción de otras empresas o de la incorporación de negocio que vinieran explotándose con anterioridad.

La autorización será necesaria, aunque no se aporte íntegramente un negocio, si lo fueren fábricas, maquinaria, locales, géneros de comercio o elementos industriales o comerciales que hubieran pertenecido a un negocio no extinguido con más de un año de antelación, extremo que deberá ser demostrado, en todo caso, por la parte interesada."

Según el número 3.^º del Decreto-ley de 17 de julio de 1947:

"Además de para los actos ya previstos en la legislación vigente y sin perjuicio de las facultades que competen al Ministerio de Industria y Comercio en cuanto a la aplicación de la correspondiente a divisas, las sociedades españolas necesitarán la autorización discrecional del Ministerio de Hacienda para realizar los siguientes:

a) Constituirse o aumentar el capital social cuando en las correspondientes escrituras o en los estatutos sociales se establezcan diferencias entre los títulos representativos del capital—ya sea en los derechos de administración, participación en los resultados sociales, reembolso a los tenedores, cuota de liquidación u otras cualesquiera—o se reconozca a determinadas personas mayor número de títulos que el correspondiente a sus aportaciones económicas, valoradas éstas según las normas de comprobación vigentes para el impuesto de derechos reales."

2. Sanciones.

Dice el número 7.^º de la Orden de 28 de febrero de 1947:

"Las escrituras públicas relativas a actos jurídicos para los cuales se precise la autorización a que se refiere el número 1.^º de esta Orden no podrán ser inscritas en los Registros mercantil y de la Propiedad si no tienen inserta o se presentan acompañadas de la resolución ministerial que conceda dicha autorización. De las resoluciones insertas en los documentos inscritos quedará archivada en el Registro mercantil una copia literal, autorizada por el Registrador que firme la inscripción.

En los documentos y escritos relativos a los actos jurídicos anteriormente aludidos que las sociedades presenten en las oficinas públicas harán constar necesariamente haber obtenido la debida autorización, expresando la fecha de la Orden ministerial correspondiente, sin cuyo

requisito no podrán tramitarlas aquéllos, salvo en la parte que al Estado pudiera beneficiar.

Las oficinas de Hacienda, muy particularmente, cuidarán de exigir de las sociedades respectivas la justificación de haber obtenido la autorización correspondiente antes de dar curso a los documentos que fueren presentados en ellas y se refieran a los repetidos actos jurídicos. Si de los aludidos documentos se dedujeran derechos a favor de la Hacienda, se liquidarán y exigirán éstos en la forma que proceda, pero sin dar a aquellos documentos otro curso que el indicado de carácter fiscal hasta que la referida justificación fuere aportada.

Lo anteriormente dispuesto se entenderá que no obsta a las sanciones económicas que correspondiere imponer a la empresa, a tenor de lo establecido en el artículo 11 de la Ley de 15 de mayo de 1945."

Por otra parte, según el número 7.^º del Decreto-ley de 17 de julio de 1947: "Los actos o contratos previstos en el presente Decreto-ley y los que de ellos se deriven no podrán ser autorizados por los Notarios, Agentes de Bolsa y Corredores de Comercio, ni inscritos en los Registros mercantil y de la Propiedad, si no se acredita el cumplimiento de los requisitos que, respectivamente, se establecen para los mismos."

De todo lo expuesto se deduce que al no poderse inscribir una sociedad mercantil en el Registro si no presenta la escritura pública acompañada de la concesión de autorización en los casos en que ésta procede, ésta causa efecto suspensivo sobre su personalidad jurídica, y será una nueva causa de irregularidad de sociedades.

Hay para estas sociedades tres grados de irregularidad en razón de los tres requisitos que han de concurrir para su constitución: escritura pública, autorización ministerial e inscripción en el Registro mercantil.

Se suscita, sin embargo, el problema de si la autorización ha de ser la segunda de tales fases por que la sociedad ha de pasar, la primera o la tercera.

Parece que, según el número 7.^º de la Orden de 28 de febrero de 1947, más arriba transcrito, basta con que la autorización exista al intentar la inscripción en el Registro, ya que basta acompañarla a la escritura, si bien puede también insertarse en ella.

Pero en el caso de la letra a) del número 3.^º del Decreto-ley de 17 de julio de 1947 se precisa que existe tal autorización ya en la fecha del otorgamiento, pues, según el número 7.^º, los actos jurídicos corres-

pondientes no podrán ser autorizados por los Notarios si no se acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en tal Decreto-ley, entre los que se halla esa autorización en los casos en que procede. Según esto, en tal caso lo primero ha de ser la autorización, luego vendrá la escritura y el tercer requisito será la inscripción en el Registro mercantil.

Especial consideración merecen las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el alcance de estas autorizaciones. Estudiaremos la de 3 de junio de 1944 y la de 15 de enero de 1945:

1. Resolución de 3 de junio de 1944. Está dedicada íntegramente a tratar este problema, y en sus considerandos establece:

"Que la Ley de 19 de septiembre de 1942, en su artículo 3.^º, ordenó que las sociedades anónimas con capital social superior a cinco millones de pesetas no podrían aumentarlo sin previa autorización del Ministerio de Hacienda;

Que la Ley de 10 de noviembre de 1942, en su artículo 2.^º, declara que las sociedades anónimas y demás de responsabilidad limitada, cualquiera que sea su capital, necesitarán para constituirse la autorización prevista en la Ley de 19 de septiembre de 1942 cuando se formen a base de la absorción de otras empresas o incorporación de negocios que vinieran explotándose con anterioridad;

Que, conforme expresamente reconoce la Exposición de Motivos de la Ley de 10 de noviembre antes citada, su finalidad quedaría incumplida si pudiera eludirse su observancia por la creación de filiales o por operaciones de concentración o absorción de empresas, impliquen o no la constitución de nuevos entes jurídicos, y de otro lado es necesario regular las repercusiones de combinaciones financieras que se apoyen en la existencia de empresas jurídicamente distintas, pero, en el fondo, constitutivas de una entidad económica, y defender nuestro signo monetario en el momento de realizar la aportación de capitales o de valorar el activo de establecimientos comerciales o sociedades mercantiles.

Que del examen de la escritura de constitución de ... y de sus estatutos, aparece que el capital social, un millón de pesetas, suscrito e íntegramente desembolsado, lo fué en su mayor parte mediante la suscripción de ciento treinta y seis acciones de cinco mil pesetas cada una, cuyo importe total de seiscientas ochenta mil pesetas satisfizo D. ... mediante la entrega en efectivo de ciento veintiséis mil trece pesetas y el

rèsto con la aportación de muebles, utillaje, materias primas fabricadas, créditos personales, maquinaria y derecho a los cupos de materias primas asignados a la misma, de lo que resulta que existen motivos racionales y evidentes para estimar fundada la exigencia del Registrador mercantil de Barcelona, si bien este funcionario carece de los elementos indispensables para determinar los límites precisos de la aportación y reserva realizadas por el Sr.;

Que la sociedad anónima en general necesita para adquirir personalidad jurídica que la escritura pública de constitución sea inscrita en el Registro mercantil, y como entre ambos momentos correrá un período de tiempo más o menos largo, siempre será posible distinguir en el proceso constitutivo una fase intermedia entre la constitución y la inscripción, durante la cual, una vez creadas con el otorgamiento de los estatutos las bases para la estructura y organización de la empresa, y suscrito en todo o en parte el capital social, pueden cumplir los fundadores las formalidades necesarias para obtener la inscripción en el Registro mercantil y entre ellas lograr la autorización del Ministerio de Hacienda cuando sea necesaria, de conformidad con las Leyes de 19 de septiembre y 10 de noviembre de 1942 para la constitución definitiva de la sociedad, si con anticipación no la hubiesen obtenido los promotores;

Que, como consecuencia de los anteriores razonamientos, *no hay inconveniente en admitir que la autorización del Ministerio de Hacienda sea solicitada y obtenida con posterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución, en donde aparecen con toda claridad las aportaciones y antecedentes*, y el Registrador no debe reputar defecto inconsueto o falta de formalidad en el documento notarial el incumplimiento del requisito en cuestión, ni mucho menos prejuzgar, según él mismo reconoce, la futura decisión del Ministerio competente."

2. Resolución de 15 de enero de 1945. Relativa a la constitución de una sociedad limitada, entre otros problemas resuelve el que aquí nos interesa, estableciendo en su considerando quinto:

"Que de conformidad con lo dispuesto en las Leyes de 19 de septiembre y 10 de noviembre de 1942, sobre la necesidad de que las sociedades constituidas a base de la absorción de otras empresas o de la incorporación de negocios obtengan una autorización del Ministerio de Hacienda, la jurisprudencia de este Centro ha declarado que *no existe inconveniente en que dicha autorización sea solicitada y obtenida*

da con posterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución social y, por tanto, si a pesar de la falta de datos e identidad de personas se concluyera que la nueva empresa se había constituido para la explotación de negocios antes pertenecientes a otra u otras, siempre resultaría evidente que el recurrente no puede discutir este defecto, puesto que no ha de reputarse falta de formalidad en el documento notarial."

Tal jurisprudencia llega a la conclusión, acertada en parte, de que la autorización no ha de constar en la escritura y puede pedirse con posterioridad a ésta. Aparte de que ello no es aplicable en el caso previsto en la letra *a*) del párrafo 3.^o del Decreto-ley de 17 de julio de 1947, posterior a estas Resoluciones, en todo caso habrá de presentarse tal autorización para la inscripción en el Registro. Ello sin perjuicio de destacar que lo racional es pedir autorización ministerial a base de un proyecto de escritura, pues si ésta se otorga y el proyecto no obtiene la autorización ministerial, habrá de otorgarse nueva escritura con las modificaciones que hayan sido introducidas y con todos los gastos consiguientes.

La falta de autorización ministerial hace, pues, que la sociedad sea irregular por faltarle uno de los requisitos precisos para su constitución, y le serán aplicables las normas reguladoras de los aspectos interno y externo de este tipo de sociedades, que más arriba hemos detallado.

HILARIO SALVADOR BULLÓN,

Catedrático
Doctor en Derecho. Profesor Mercantil.

PABLO SALVADOR BULLÓN,

Catedrático.
Ex-Profesor Mercantil al Servicio de la
Hacienda Pública. Actuario de Seguros.