

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 17 DE ENERO DE 2012 (1066/2012)**

Nulidad de sociedad anónima inscrita

Comentario a cargo de:
María del Sagrario Navarro Lériada
Profesora Contratada Doctor de Derecho Mercantil
UCLM

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 17 DE ENERO DE 2012**

ID CENDOJ: 28079110012012100088

PONENTE: *EXCMO. SR. DON RAFAEL GIMENO-BAYÓN COBOS*

Asunto: La Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012 aborda la cuestión de la nulidad de las sociedades anónimas constituidas bajo el régimen de la LSA de 1951 y concluye que debe resolverse de acuerdo con la norma vigente en el momento de su constitución, interpretada de conformidad con la normativa europea en materia de sociedades, lo que exige distinguir entre la eventual nulidad del contrato de sociedad y la de la sociedad una vez inscrita, limitando la proyección sobre la sociedad de los efectos de las irregularidades del negocio fundacional.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. Normativa aplicable para la decisión del conflicto. Interpretación conforme al Derecho Europeo. 5.2. Interpretación restrictiva de las causas de nulidad de las sociedades inscritas. 5.3. La simulación del negocio fundacional. 5.4. Desembolso mínimo y

correspondencia entre capital y patrimonio. 5.5 La convalidación de la sociedad. 5.6 Conclusión. **6. Bibliografía utilizada.**

1. Resumen de los hechos

La sentencia trae causa de un procedimiento iniciado por uno de los tres socios (persona jurídica) de una sociedad anónima constituida el 12 de diciembre de 1989 e inscrita el día 1 de marzo 1990. En síntesis la demandante interesó la declaración de nulidad y consiguiente liquidación de la mercantil con base en la existencia de una simulación absoluta y en la infracción de la obligación de desembolso de la cuarta parte del valor nominal de cada una de las acciones impuesto por el artículo 8 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951.

2. Soluciones dadas en primera instancia

En el caso de autos, el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Ibiza dictó sentencia de fecha 17 de febrero de 2003 por la que desestimó íntegramente la demanda presentada por la representación procesal de la mercantil socia, contra los otros socios y la propia sociedad constituida, absolviendo de las pretensiones deducidas en su contra con expresa condena al pago de las costas procesales causadas a la parte actora. Se entendió por el Juzgador de instancia que la pretensión de nulidad debía decaer toda vez que debía entenderse aplicable el plazo previsto en el artículo 1301 del Código Civil, dado que la demandante conocía la situación desde la constitución de la sociedad y, además, porque no estaba acreditado que los accionistas demandados no habían hecho las correspondientes aportaciones al capital.

3. Soluciones dadas en apelación

Contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de apelación, siguiéndose los trámites ante la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma. En la sentencia dictada al día 24 de abril de 2005, el Tribunal confirma la sentencia de primera instancia por tratarse de un supuesto de anulabilidad al que resulta aplicable el plazo de “prescripción” previsto en el artículo 1301 del Código Civil y por que la demandante infringe la regla “adversus proprium factum venire non potest”.

4. Los motivos de casación alegados

El recurso de casación se basa en la falta de desembolso de sus aportaciones por los dos socios fundadores codemandados, suponiendo tal falta, y de manera genérica, la infracción de los artículos 1, 8, 11, 31, 34 y 53 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, y correlativa infracción de los artículos 1, 4, 8, 9, 12, 36, 47, 40 y 47 del el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

No obstante, recuerda el Tribunal Supremo que de conformidad con el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el recurso de casación tiene que fundarse como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver cuestiones objeto del proceso, por lo que la cita de preceptos heterogéneos dirigidos a sustentar una mera exposición doctrinal sobre la vulneración en el acto fundacional de la sociedad de los principios de garantía, de organización y económico productivos y la existencia de simulación, carecen de contenido casacional, sin perjuicio de que puedan servir como antecedente lógico del subjetivo que se expone en el apartado que contiene la alegación de preceptos señalados en el párrafo anterior.

Así, ese motivo único, enunciado en el apartado 2.4 del fundamento segundo del recurso de casación alega la infracción de lo dispuesto en los artículos 34 y 35 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, los artículos 1300 y siguientes del Código Civil, y los artículos 1254, 1261 y 1274 y siguientes del Código Civil, en cuando a la simulación absoluta. En su desarrollo la recurrente afirma la nulidad radical porque existió simulación absoluta del contrato, dado que los socios fundadores demandados no efectuaron desembolso alguno y la Ley exige una efectiva correspondencia entre el capital de la sociedad anónima.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. Normativa aplicable para la decisión del conflicto. Interpretación conforme al Derecho Europeo

La Sentencia fija la doctrina señalando que el principio de seguridad jurídica, constitucionalmente garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución Española exige la previsibilidad de la respuesta del ordenamiento ante concretos comportamientos, lo que conlleva la necesidad del conocimiento previo de la norma que pueda aplicarse a una determinada situación jurídica, así como la exigencia de que las situaciones y relaciones jurídicas se rijan por la vigente al tiempo en que aquellos acontecen y a la postre, a la vigencia

en el ámbito civil del principio *tempus regit actum*, consagrado en el artículo 2.3 del Código Civil.

Dado que la escritura de la sociedad cuya nulidad se pretende se otorgó antes de la entrada en vigor de la Ley 19/1989, el negocio fundacional se rige por la Ley de 1951. En este sentido, señala la sentencia ni la Ley de 1951 ni el Código de Comercio regulaban forma expresa la nulidad de las sociedad anónima inscrita por lo que debían aplicarse la reglas generales sobre invalidez de los contratos.

Es cierto así, que en el sistema previgente no existía norma específica reguladora de la nulidad de la sociedad. Ese vacío obligaba a acudir a las normas generales de la invalidez del negocio jurídico. Normas que pronto se mostraron inadecuadas para dar solución satisfactoria a tal invalidez cuando de contratos asociativos, se trataba.

Más allá de que, como se dirá, esa corrección tenga su origen en la llamada teoría de la “sociedad de hecho”, es necesario determinar la norma aplicable ante la falta de solución expresa, lo que obligaría a acudir al derecho común.

En efecto el Tribunal, antes de entrar a analizar el núcleo de la cuestión y la interpretación que debe darse a las causas de nulidad y al tratamiento que la misma deba tener, y en aras de dar cumplimiento a esa premisa de aplicación de la normativa vigente en el momento en que la situación o relaciones jurídicas acontecen, adopta y da por buena la necesidad de “corregir” nuestra regulación en el marco de la invalidez del negocio jurídico que da vida a una sociedad de capital. Esa “corrección”, se basa así en el invocado principio de interpretación conforme que rige en el marco del Derecho Comunitario, y que deben realizar los aplicadores de los derechos nacionales. Esto es, nuestros tribunales deben, de conformidad con el Derecho Comunitario, procurar aplicar nuestro Derecho nacional en coherencia con las normas comunitarias. Tal principio es inherente al régimen del Tratado en la medida en que permite al órgano jurisdiccional nacional garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelve el litigio de que conoce.

De esta forma, el Tribunal, en el caso de autos, afirma que tratándose de la nulidad de sociedades capitalistas inscritas, la interpretación de la legislación previgente debe hacerse a la luz de la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados Miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, a fin de proteger los intereses de socios y terceros. Debe por tanto interpretarse nuestro Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva con el fin de impedir que se declare la nulidad de una sociedad anónima por una causa distinta de las enumeradas en su artículo 11.

Pues bien, estando de acuerdo en que las causas de nulidad de las sociedades de capital inscritas deben ser tasadas y restringidas (*rectius*, como se verá, vicios que afectan al proceso de fundación y que sólo de manera indirecta o media afectan a la sociedad que nace como consecuencia del acto constitutivo), sí puede aquí llamarse la atención sobre el peligro, ya advertido por la doctrina que ha tratado el tema, de “violentar” los principios de aplicabilidad de los diferentes tipos de normas comunitarias.

El Tribunal, en su fundamento, para traer al caso lo previsto en ese artículo 11 de la Primera Directiva 68/151/CEE, menciona varias Sentencias del Tribunal de Justicia, en particular, por su relevancia, la conocida como Sentencia Marleasing (Sentencia del Tribunal de Justicia de 13.11.1990, asunto nº C-106/89, Rec. I, 4135 y ss). Esta sentencia trae causa de una cuestión prejudicial planteada por el Juez español en el marco de una cuestión litigiosa en la que la mercantil que da nombre a la sentencia pretendía la nulidad de otra sociedad anónima por considerar la constitución fraudulenta, al haberse perseguido con tal constitución sustraer su activo patrimonial del alcance de sus acreedores, esto es, por simulación absoluta, es decir, alegando la falta de causa como causa de nulidad prevista en el artículo 1275 del Código civil. El Tribunal europeo, invocando el principio de interpretación conforme, declaró inaplicable nuestro Código civil como contrario a lo dispuesto en la Directiva de sociedades (aún no vigente en el derecho español) en materia de causas de nulidad. Como ya advirtió la doctrina (Bello Martín-Crespo, P [1999], pgs. 14-15], bajo la apariencia de hacer una mera –y obligada– interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho europeo, pueden verse la admisión, de facto, de una verdadera eficacia directa horizontal (es decir, frente a particulares) de la directiva, forma de eficacia que ha sido reiteradamente negada por el mismo alto tribunal.

Pues bien, en la sentencia aquí comentada, el Tribunal acoge esa interpretación, más bien, derogación o modificación de nuestro derecho, haciendo pivotar su fundamentación en la análisis que deba hacerse de ese artículo 11 de la Directiva. Lo que a la luz de lo señalado, es, al menos, discutible. Al margen de la advertencia que puede hacerse relativa a la *ratio decidendi* diversa de las Sentencias del Tribunal de Justicia que se mencionan (en efecto, esa interpretación del Derecho nacional que lleva a la inaplicabilidad del mismo por “coherencia” con una Directiva sólo se da en la Sentencia Marleasing. Debiendo deslindar situaciones de transposición tardía de Directivas).

En definitiva pues, sin perjuicio de que efectivamente y como se verá, podamos compartir parcialmente la resolución aquí comentada, el Tribunal considera que el elenco de causas de nulidad que pueden esgrimirse en el caso de autos no pueden encontrarse en el CC, esto es en la aplicación de las normas generales sobre invalidez del negocio jurídico –al que en el tiempo de los hechos había que acudir dado como se la indicado, el vacío legislativo en la Ley

de 1951 y del Código de Comercio—, sino en el artículo de una Directiva, que en ese “tempus” aún no estaba traspuesta a nuestro ordenamiento. Se considera así la inaplicabilidad de la norma civil, no integración de la mism. Ahora bien, inaplicabilidad a la que la correcta aplicación del principio de “interpretación conforme” no puede llevar, pues no es exigible la inaplicación del Derecho nacional incompatible con una directiva como resultado de su interpretación de conformidad con ésta en todos los casos en los que la directiva no pueda ser invocada como tal ante un juez nacional. El juez nacional deberá hacer todo lo posible para interpretar la norma nacional de conformidad con la directiva, pero una *interpretatio abrogans* siempre respetará la existencia de una jerarquía de normas que, naturalmente, serán directamente aplicables. Una directiva sin efecto directo no puede fundar una interpretación que conduzca a la inaplicación de una norma nacional (Bello Martín-Crespo, P. [1999], pgs. 25-26).

Entendemos pues que el Tribunal debió interpretar, de conformidad con los tiempos en que se producen los hechos, la normativa aplicable —o la no normativa específica existente y que obligaba a acudir a una insatisfactoria regulación en el ámbito del derecho común—. Lo que lleva al análisis de la cuestión de fondo que no es sino la doctrina de la sociedad de hecho y de los efectos de la nulidad de las sociedades inscritas.

5.2. *Interpretación restrictiva de las causas de nulidad de las sociedades inscritas*

Partiendo de lo expuesto, el Tribunal analiza las causa de nulidad de las sociedades inscritas, señalando que cabe concluir que la cuestión de la nulidad de las sociedades anónimas constituidas bajo el régimen de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 debe resolverse. según lo dicho, de acuerdo con la norma vigente en el momento de su constitución, interpretada de conformidad con la Primera Directiva en materia de sociedades, lo que exige distinguir entre la eventual nulidad del contrato de sociedad y la de la sociedad una vez inscrita, limitando, en los estrictos términos indicados por la Directiva, la proyección sobre la sociedad de los efectos de las irregularidades del negocio fundacional, ya que, por un lado, como sostiene la sentencia 916/2002 de 10 octubre “el régimen de la nulidad societaria en nuestra LSA responde a la Directiva 68/151/CEE, que en gran medida lo desvincula de la nulidad contractual (...) beneficiando así la seguridad del tráfico y la protección de los terceros por haberse manifestado ya una sociedad en el tráfico bajo apariencia de regularidad formal sujeta a su vez a control notarial y registral” y, por otro, como afirma la sentencia de 3 octubre 1995 (Recurso núm. 1078/1992) “la sanción (de nulidad) que tal declaración supone es de suma gravedad y exige, por ello, gran moderación en su empleo teniendo presente el carácter restrictivo de las causas de nulidad y, asimismo, la interpretación rigurosa y ceñida que debe

hacerse de las mismas fuera de tentaciones expansionistas, para evitar que el tráfico civil y comercial se vea obstaculizado en su normal desarrollo”.

Parte pues el Tribunal de una primera acotación del por qué del elenco “ristretto” de las causas de nulidad de las sociedades inscritas, para después entrar a analizar, en cuál de las taxativas causas podría encontrarse el supuesto de autos.

Dos acotaciones pueden hacerse en este sentido. En primer lugar, lo verdaderamente importante a la hora de entender el asunto casado en esta sentencia es que no estamos hablando en puridad de nulidad de sociedades inscritas. Como ya señalaba la doctrina [Sánchez Calero, F., (1991), pgs. 1011-1012], la utilización del concepto “nulidad de la sociedad”, tanto en la propia Directiva que, según lo visto, se utiliza de norma “aplicable” al caso, bien sea en una al menos discutible interpretación de eficacia de las normas secundarias, como en la normativa nacional que la incorporó (en la Ley de 1989), quizá debería haberse sustituido por ineficacia relativa del contrato de sociedad, por encontrarnos ante vicios que afectan al propio proceso de fundación y que sólo de manera indirecta o mediata afectan a la sociedad. Así, y a pesar de que hay autores que consideran que las causas de nulidad aquí analizadas lo son de la sociedad de capital (Lázaro Sánchez, E. [1994], su razón de ser estriba en la necesidad de reinterpretación de la teoría clásica de la invalidez del negocio jurídico, que conllevaría la desaparición de la organización societaria nacida del contrato, provocando la nulidad de las relaciones jurídicas entabladas entre los terceros y la restitución de las respectivas prestaciones; consecuencias que son difícilmente asumibles desde la óptica de los intereses en juego y de la seguridad jurídica (Sánchez Pachón, L.A. [2007], pgs. 61-62)

La segunda acotación permite afirmar que en definitiva, la taxatividad de las causas de nulidad de la sociedad inscrita (insistiendo en el término “inadecuado” de conformidad con las clarificaciones hechas) nacen como una respuesta a la necesidad de dar solución adecuada a la singularidad del negocio jurídico que da vida a una persona jurídica sociedad. Ahora bien, entendiendo que esta necesidad de tratamiento especial sólo puede circunscribirse a la situación, como ciertamente ocurre en el caso de autos, en que la sociedad personificada haya tenido vida externa como tal, esto es, como sociedad de capital, en este caso, como sociedad anónima, quedando la nulidad de la sociedad inscrita al margen del problema de las sociedades en formación e irregulares.

El núcleo argumentador de este primer apartado en la doctrina del Tribunal Supremo entronca así con la doctrina de la sociedad de hecho que sirvió para justificar el régimen de nulidad (Paz-Ares, C. [1999], pgs. 477-479), doctrina que exige de unos presupuestos (existencia de un contrato viciado, efectiva puesta en marcha de la organización social,..), presupuestos que, constatados, conllevan que tal sociedad de hecho queda sometida a unas concretas

normas de tratamiento que tienen que ver con la validez de la sociedad tanto “ad extra” como “ad intra”, construcción del motivo de nulidad como una causa de disolución, y la aplicación de las normas generales de liquidación, sobre lo que se volverá.

5.3. *La simulación del negocio fundacional*

Partiendo pues de la taxatividad de las causas de nulidad de la sociedad, analiza el Tribunal el caso de autos y las pretensiones de la recurrente, realizando, bajo el apartado 2.3 de la Sentencia una valoración en la que pueden verse diferentes problemas no del todo deslindados.

Es cierto que lo pretendido por el recurrente es, en primer lugar, entender que existió una simulación absoluta del contrato de sociedad, si bien enlazada esta presunta simulación a la falta de desembolso de la cuarta parte del valor nominal de cada una de las acciones.

En este sentido, y entendemos lo hace correctamente, el Tribunal se detiene en primer lugar en el rechazo a la exigencia de simulación, si bien utilizando en su argumentación el apoyo en cita a la normativa vigente (Ley de sociedades de capital) y previgente (Ley de 1989). Por más que efectivamente la *opinio* del Tribunal quede hoy refrendada por las leyes vigentes o la interpretación que de las mismas se haga, del Tribunal, de conformidad con lo dicho en líneas antes, sólo puede aplicar las normas en vigor en el tiempo de autos, si bien “corregidas” o “interpretadas” de conformidad con el Derecho Europeo. De esta forma, la norma pues que entra en juego es la contenida en el art. 11.2 f) de la Directiva 68/151/CEE, según el que constituye una posible causa de nulidad “el hecho de que, contrariamente a la legislación nacional que regule la sociedad, el número de socios fundadores sea inferior a dos”. No existiendo entonces regulación positiva de la sociedad unipersonal, la reconducción e interpretación de esta causa de nulidad enlazaba con la idea de “voluntad efectiva de al menos dos socios fundadores”. La ligazón con la pretendida simulación estaría así en el hecho de que, sólo uno de los tres socios “quiso” de verdad constituir la sociedad desembolsando el capital suscrito, mientras que los otros dos socios, no respetando el desembolso mínimo del capital por ellos suscritos, nunca “quisieron” fundar la sociedad. Se pretendería así quizá, que prospere la existencia de una simulación absoluta, entendida como aquélla que se da cuando la declaración de voluntad se refiere a un negocio que no tiene el propósito de encubrir otro. Las partes, su voluntad real es no celebrar negocio alguno (*simulatio nuda*), es dar vida a una pura apariencia engañosa.

Es impecable la solución dada por el Tribunal en el sentido de recordar que no existe tal simulación, al menos no simulación del negocio “societario”, pues es claro que la voluntad de celebrarlo, y no la de simularlo, permanece

indiscutida, llevándose ejecutando tal negocio –desarrollando así actividad la mercantil– durante más de diez años.

Pero es que además, en el caso de autos, esa pretendía simulación operaría sólo en el “querer” o mejor “no querer” vincularse societariamente de dos de los tres socios. No nos encontraríamos en la situación más analizada por la doctrina de constitución de sociedad de favor en la que concurren dos fiduciarios además del socio dominante. Supuesto este de las sociedades de favor en el que el debate se suscitaba en si la declaración de voluntad del o los “testaferos” debía considerarse o no efectiva.

Estaríamos más bien en el caso de autos, y de conformidad con la doctrina civilista ante la exigencia un acuerdo simulatorio previo entre esos socios que “no querían” serlo. Con los problemas doctrinales sobre las relaciones entre acuerdo de simulación o contrato simulado que ello conlleva (De Castro y Bravo [1985], pg. 338). Difícil construcción y difícil éxito así de la primera pretensión alegada.

Quizá como también señala el Tribunal, lo pretendido sea la simulación de la aportación, entrando así, en un supuesto diferente.

5.4. *El Desembolso mínimo y correspondencia entre capital y patrimonio*

En efecto, como consecuencia de lo argumentado por el Tribunal debe buscarse engarce entre lo sucedido en el asunto tratado y las causas de nulidad. En este punto la pretensión del recurrente pivota en la falta de desembolso efectivo del capital suscrito por parte de sus dos consocios. En este sentido, de nuevo, hay que mirar a la normativa aplicable. Así, señala el Tribunal, la interpretación estricta que impone la Directiva no permite identificar la referencia al “desembolso del capital” con el “desembolso de cada una de las acciones”. Por otro lado, el artículo 8 de la Ley de 17 de julio de 1951 no aludía al “valor nominal de cada una de sus acciones”, sino que disponía que “no podrá constituirse sociedad alguna que no tenga su capital suscrito totalmente y desembolsado en una cuarta parte, por lo menos”. Por lo expuesto se resuelve que no cabe declarar la nulidad de la sociedad inscrita por el hecho de que alguno o algunos de los fundadores no hubiese desembolsado las acciones suscritas en tanto en cuanto se hubiese aportado el “capital mínimo”.

Coincidimos con el Tribunal en el análisis. En efecto, como señaló en su momento la doctrina, la interpretación según la cual la sociedad podría devenir nula cuando no se ha realizado desembolso de una cuarta parte, por lo menos del valor nominal de cada una de las acciones –en definitiva que cabría la nulidad con omitir tan sólo el desembolso mínimo de una acción, aunque ésta representa una fracción mínima del capital social– no es coherente con el régimen que gobierna el cumplimiento de la obligación de aportar, ni con la taxatividad de las causas de nulidad ni con la finalidad que parece presidir la

causa de nulidad, ni con el carácter plurilateral del contrato (Sánchez Pachón, L.A. [2007], pgs. 352-353).

Cuestión diferente es buscar la explicación del porqué de esta causa de nulidad. Y es aquí donde, entendemos, el Tribunal no agota el argumento. Se señala en la sentencia que no puede prosperar el alegato tercero de la recurrente, toda vez que el artículo 8 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, al disponer esa prohibición de constituirse sociedad alguna que no tenga su capital suscrito totalmente y desembolsado en una cuarta parte, por lo menos, se interpretó por la doctrina en el sentido de que la norma trataba de garantizar la correspondencia entre el capital fundacional y patrimonio de la sociedad, integrado por las aportaciones de los socios y los créditos de la sociedad contra estos. Sin embargo en el caso enjuiciado, no se ha rechazado que en el momento fundacional la sociedad no tuviese crédito contra los socios y, ni siquiera se ha cuestionado que el valor de los desembolsos alcanzaba la cifra del capital.

Entendemos que el Tribunal no aclara correctamente el argumento, confundiendo el tratamiento de la nulidad con el cumplimiento de los principios derivados del capital social, esto es, enlazando los supuesto de infracapitalización con los vicios de anulabilidad. En este sentido puede entenderse que con la causa de nulidad señalada, e interpretada según lo dicho, esto es, referido el porcentaje desembolsado de una cuarta parte al capital en general y no al valor de cada una de las acciones, el legislador lo que pretende es garantizar una inmediata y mínima base esencial de recursos económicos para desarrollar la actividad, esto es una mínima base patrimonial que haga. Ahora bien, esta interpretación puede pecar de débil, pues es claro que plantea el peligro de entenderse enlazada con una pretendida exigencia en nuestro derecho de un capital adecuado, más exactamente, con una pretendida necesidad de adecuación de recursos para desarrollar la actividad, que no existe, ni en la legislación previgente, ni en la vigente, máxime cuando la tendencia del derecho de sociedades lleva al replanteamiento de las funciones reales del capital como garantía de acreedores.

Lo que es preceptivo a efectos de evitar caer en la nulidad, es que en el momento constitutivo se realicen aportaciones que en conjunto, constituyan al menos una cuarta parte del capital suscrito. Y esta circunstancia se da. Que la cuantía realmente desembolsada –en el caso de autos parece sólo por parte del recurrente–, no sea “suficiente” para desarrollar la actividad (extremo que parece no ocurrir toda vez que la sociedad lleva operando más de 10 años) no conllevaría sanción de nulidad, sino que, el análisis en ese caso llevaría al tratamiento de la infracapitalización real, lo que excede ciertamente el tratamiento de los vicios fundacionales; y por último, si la cuantía realmente desembolsada, o mejor, el no desembolso de los consocios del recurrente pretende tener eficacia en sede de nulidad debe enmarcarse en la falta de voluntad efectiva

de formar parte de la sociedad, que como ya vimos, entronca con el problema de la simulación de negocio, difícil de prosperar, pues ciertamente se declaró voluntad de constituir y de mantener en el tiempo, como finalmente ocurrió, ese vínculo.

5.5. *La convalidación de la sociedad*

Como se indicó en líneas anteriores, la regulación de la nulidad de las sociedades construida sobre el concepto de la llamada sociedad de hecho, implicaba la constatación de unos presupuestos que dándose, abren la aplicación a esta sociedad “factual de unas específicas reglas de tratamiento, entre ellas, dado que debe reconocerse la validez tanto “*ad extra*” como “*ad intra*” de la sociedad, se encuentra la concepción del motivo de la nulidad como una causa de disolución y la consiguiente apertura de la liquidación. La cuestión planteada en este último motivo de la resolución es si cabe o no “subsanan” de algún modo esa situación de nulidad, esto es, revertir la solución liquidadora a la que lleva la aplicación de la doctrina de la nulidad de sociedades inscritas.

En este sentido, lo único que señala el Tribunal es que si bien, en nuestro sistema, a diferencia de otros sistemas, la inscripción de la sociedad no produce efectos taumatúrgicos (como resulta de los artículos 20.2 del Código de Comercio y 7.2 del Reglamento del Registro Mercantil), no existe imperativo legal que exija proyectar en el tiempo, de forma absoluta e insanable, la nulidad concurrente en el momento fundacional aplicando de forma automática la categoría dogmática de la nulidad de los contratos –*quod nullum est nullo lapsu temporis convaescere potest*– inadecuada para las sociedades inscritas, sin permitir su convalidación una vez superadas las irregularidades concurrentes en el momento de su constitución, cuando no se atenta contra el orden público. En definitiva el Tribunal, apoyado además en normas emanadas en el ámbito de la fusión y escisión, que en parte no pueden ser coincidente con el caso de autos, entiende factible lo que denomina “convalidación” de la sociedad. Coincidimos con el Tribunal en que dado que en aplicación de la teoría de la sociedad de hecho, la tutela de todos los intereses, tanto de terceros como de los propios socios cuando ya se ha llevado efectivamente a cabo la actividad social, conlleva la exigencia de que aquella sociedad viciada sea tratada como si no lo fuera, debe partirse de una opinión favorable a poder “sanar” de algún modo esa situación. Ahora bien, no puede desconocerse en esa presunta “cura” no sería posible en todos los casos. Así, habría, como ha señalado la doctrina (García-Cruces, J.A. [1995]. pgs 1379-1380), dos situaciones: supuestos en que –siendo posible– los socios decidieran llevar a cabo todas las medidas necesarias que permitieran la sanación del vicio de origen. Esta posibilidad vendría limitada por el significado del vicio que determinó la declaración de nulidad de la sociedad y su significado conservativo podría no tener el alcance limitado que le señala el régimen general previsto para la nulidad negocial. Y

por otro lado, supuestos en que –bien por la voluntad de los socios, bien por el significado del vicio originario– no se proceda a la sanación, obligando la exigencia de remoción de la situación antijurídica que muestra la declaración de la nulidad societaria a la necesaria extinción de la sociedad inválida, extinción que en el marco del derecho de sociedades sólo se logra en un proceso de disolución y liquidación, complejo y predispuesto como y mecanismo tuitivo de todos los intereses que puedan resultar afectados. En definitiva, la declaración de nulidad tiene como efecto la apertura del procedimiento de liquidación a fin de lograr la extinción –mediante su cancelación registral– de la sociedad viciada.

Una primera indicación puede hacerse tras lo dicho. En efecto, puede considerarse que la referencia a la convalidación no sea adecuada para todos los supuestos. La convalidación implica, según el Derecho civil la sanación del contrato nulo por la concurrencia de un hecho jurídico sobrevenido que salva el defecto que originó dicha nulidad. En el supuesto de autos podría entenderse que la subsanación vendría de la mano, aún no declarada nula por sentencia la sociedad, de la efectiva aportación de los consocios de la reclamante. Es cierto que en el asunto casado falta claridad respecto a qué tratamiento se dio, tras la constitución de la sociedad, a la exigibilidad de los dividendos pasivos que, constatada esa falta de desembolso, quedaron configurados como crédito de la mercantil frente a los socios. Más allá del reproche que sí se hace a la actitud del recurrente de infringir la regla de *adversus proprium factum quid venire non potest*, dada la rareza de mantener el vínculo presuntamente nulo durante más de 10 años.

Siendo esto así, quizá efectivamente podría llegarse a defender la posibilidad, entendiendo, de conformidad con parte de la doctrina, que la asimilación entre causas de nulidad y causas de disolución es sólo “parcial”, de no tener que entenderse abocada la sociedad a un proceso liquidatorio.

Ahora bien, si se constatase la verdadera falta de voluntad de formar parte de la sociedad, esto es, si se defendiese la imposibilidad de “convalidar” el negocio societario, la cuestión a resolver sería si cabría, en sede del proceso de liquidación abierto tras la declaración judicial de nulidad de la sociedad, la “reactivación” de la misma. Es claro que nada de esto se plantea el Tribunal, en la medida en que ciertamente rechaza la nulidad, sin embargo sí puede señalarse que este tema podemos defender la postura de quien consideraría difícil reactivar una sociedad nula en liquidación. Las razones esgrimidas entroncan con esa falta de identidad total entre causas de disolución y nulidad. El significado fundamental y originario –en cuanto que los vicios previstos como causas de nulidad afectan al momento constitutivo de la sociedad– que tiene la nulidad societaria diferencia a ésta de la disolución, cuyas causas presuponen y afectan al normal desarrollo de la actividad social. El recurso a la liquidación ordenado por el legislador en los supuestos de nulidad societaria persigue la

finalidad de lograr la remoción de la situación antijurídica en que descansa aquélla. Evidentemente, tal no es la finalidad que se pretende actuar con la liquidación (García-Cruces, J.A. [2009], pgs. 102-103)

5.6. *Conclusión*

El Tribunal casa así la doctrina sobre nulidad de las sociedades de capital inscritas, defendiendo la imposibilidad de declarar nula una sociedad alegando la falta de desembolso de una cuarta parte del valor nominal del capital suscrito por cada socio. Entendiendo, en primer lugar que esa causa de nulidad no existe toda vez que lo preceptuado es desembolsar al menos una cuarta parte del total del capital suscrito, y en segundo, que la pretendida falta de voluntad de constituir la sociedad por parte de los recurridos no puede probarse, toda vez que concurrieron al acto constitutivo los tres socios, siendo difícilmente encajable el supuesto en el marco de la simulación de negocio. Argumentos que quedan completados, en el caso de autos, con el reproche al recurrente de suponer su pretensión un ejercicio abusivo del derecho y contrario a la buena fe.

Por más que la determinación de la normativa aplicable hecha por el Tribunal pueda plantear alguna duda respecto de la adecuación del recurso a cita de jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con la aplicabilidad de Directivas, dada la prohibición de eficacia directa de las mismas, la resolución parece acorde al momento legislativo o doctrinal en que acaecieron los hechos.

No obstante, es claro que estamos ante un tema complejo y a pesar de la doctrina vertida y de las reformas legislativas operadas, el asunto, al menos hoy, merecería un análisis más completo. Análisis que debería enlazarse con temas tan interesantes como la aplicación de la llamada “prueba de resistencia” en el derecho de sociedades, –que obliga a traer a sede fundacional la doctrina vertida en el ámbito de los acuerdos societarios– o la quizá oportuna reconducción de las causas de nulidad a la luz de la reforma de las funciones del capital social.

6. **Bibliografía utilizada**

- AVILA DE LA TORRE, A. “Sentencia de 15 de enero del 2014. Falta de legitimación del accionista para concurrir a la junta derivada de un desembolso realizado en fraude de Ley”, CCJC, n° 96, 2014, pgs. 159-176.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, P. “La interpretación del derecho nacional de conformidad con las directivas”, Revista Xuridica Galega, n° 22, 1999, pgs. 13 y ss.
- CARBAJO CASCÓN, F. “¿Simulación en la anónima? Constitución de una sociedad anónima en fraude de acreedores”, RDP, 1999, pgs. 179 y ss.

- CARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. “La sociedad nula (consideraciones sobre la justificación dogmática de la doctrina de la nulidad societaria)”, *RDM*, nº 218, 1995, pgs. 1339-1390.
- “La reactivación de la sociedad” en ROJO/BELTRÁN, (Dir.), *Disolución y Liquidación de Sociedades Mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pgs. 93 y ss.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, Madrid.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, “Nulidad de la sociedad”, en Uría/Menéndez/Olivencia, (Dir.), *Comentarios al régimen legal de las Sociedades*, tomo III, vol. II, Madrid, 1995, pgs. 174 y ss.
- LÁZARO SÁNCHEZ, E.J, *La nulidad de la sociedad anónima*, Barcelona, 1994.
- LEÓN SANZ, F.J., “El caso “Marleasing S.A.””, *RDM*, nº 198, 1990, pgs. 801-820.
- MARTÍNEZ CANELLAS, A. “Nulidad de sociedades de capital”, en Alonso Ledesma, C. *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Iustel, 2006. pgs. 803-809.
- PARRAGUEZ RUIZ, L.S. *El negocio jurídico simulado*, 2014.
- PAZ-ARES, C- “La sociedad en general: elementos del contrato de sociedad”, en Uría/Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1999, pgs. 464 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, F., “La sociedad nula”, en ALONSO UREBA et al (Coord.), *Derecho de sociedades anónima*, VOL. I. 1991, pgs, 1009 y ss.
- SÁNCHEZ PACHÓN, L.A. *Las causa de nulidad de las sociedades de capital*, Aranzadi, 2007.