

COMENTARIOS SOBRE LA 3.^a CAUSA DE NULIDAD DE LA SOCIEDAD ANONIMA EN EL NUEVO ARTICULO 31 DE LA LEY

Hace apenas cuatro meses la Ley 19/1989 de 25 de Julio reformó diversos preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas con motivo, ente otros, de adaptarla a las Directivas de la Comunidad Económica Europea, estableciendo en el artículo 31, encuadrado en la Sección Cuarta del Capítulo Segundo que:

«1. Una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por las siguientes causas:

1.^a Por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público.

2.^a Por no expresarse en la escritura de constitución o en los estatutos sociales la denominación de la sociedad, las aportaciones de los socios, la cuantía del capital, el objeto social o, finalmente, por no respetarse el desembolso mínimo del capital legalmente previsto.

3.^a Por la incapacidad de todos los socios fundadores.

4.^a Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos.

2. Fuera de los casos enunciados en el párrafo anterior no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad ni la anulabilidad de la sociedad.»¹.

El precepto transcrito constituye una innovación en la regulación de las sociedades ya puesta de relieve en la Exposición de Motivos del propio proyecto de ley al manifestar en su apartado VI *in fine* que «importante novedad constituye la inclusión de dos normas sobre la nulidad de la sociedad que, si se incorporan por exigirlo las Directivas comunitarias, colman, además, una importante laguna de nuestro Derecho de Sociedades. De un lado, se limitan expresamente las causas de nulidad a los supuestos previstos en la Ley, dada la gravedad de los efectos de la nulidad»².

La exigencia comunitaria a la que el transcrito párrafo alude se contiene en este

1. Este artículo 31 pasa a ser, con idéntico texto, el artículo 34 en el Anteproyecto de Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de fecha 8 de Septiembre de 1989. Vid, al respecto el Suplemento al Boletín de Información del Ministerio de Justicia n.º 1.542 de 15 de Octubre de 1989, Año XLIII, pág. 12.

2. Vid. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año XLII, Suplemento al n.º 1.489 de 25 de Abril de 1988, pág. 8. Este Proyecto fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie A, n.º 80, de 22 de Abril de 1988. A mi juicio resulta desde luego muy discutible que, en rigor, pueda hablarse de *laguna* en tema de nulidad.

caso –como el comienzo de la propia Exposición de Motivos reconoce– en la «Primera Directiva (68/151/CEE) de 9 de Marzo de 1968, que regula la publicidad, la validez de los compromisos de las Sociedades y la nulidad de éstas»³.

En esta Primera Directiva del Consejo la materia referida a la nulidad de las sociedades se contiene en la Sección Tercera, artículos 10 a 12, de cuyos preceptos considero necesario para mi propósito la transcripción de los dos primeros:

«Artículo 10. En todos los Estados miembros cuya legislación no prevea un control preventivo, bien judicial o bien administrativo con ocasión de la constitución, el acto fundacional y los estatutos de la sociedad así como las modificaciones a los mismos deben de instrumentarse en documento público.

Artículo 11. La legislación de los Estados miembros sólo podrá regular el régimen de la nulidad de la sociedad en las condiciones siguientes:

a) Ausencia de acto constitutivo, inobservancia de las formalidades de control preventivo o falta de documento público.

b) Carácter ilícito o contrario al orden público del objeto social.

c) Ausencia de mención en el acto constitutivo o en los estatutos de alguno de los siguientes extremos: denominación social, aportaciones, montante del capital suscrito u objeto social.

d) Inobservancia de las disposiciones de legislación nacional relativas a desembolso mínimo de capital social.

e) Incapacidad de todos los socios fundadores.

f) El hecho de que, contrariamente a la legislación nacional por la que se rija la sociedad, el número de socios fundadores sea inferior a dos.

Además de estos casos, las sociedades no estarán sujetas a ninguna otra causa de inexistencia, nulidad absoluta o relativa o de anulabilidad».

Desde luego, el sentido de tales preceptos –y el mismo artículo 1 de la Directiva así lo manifiesta⁴– es de un indudable carácter de coordinación, por lo que serán los legisladores de los Estados miembros los que, tras los pertinentes trabajos, adapten su legislación, si necesario fuera, a los términos de los mismos.

En esta línea de actuación, nuestro legislador de manera sorprendente e indudablemente inadecuada se limitó a transcribir el precepto referido de la Directiva en el artículo 32 del Proyecto de Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea⁵, el cual en su primer número dispuso que:

«1. La acción de nulidad de la sociedad sólo podrá ejercitarse por las siguientes causas:

1.º Por no haberse otorgado la escritura pública de constitución o no haberse inscrito ésta en el Registro Mercantil.

2.º Por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público.

3.º Por no expresarse en la escritura de constitución o en sus estatutos sociales la denominación de la sociedad, las aportaciones de los socios, la cuantía del capital, el objeto social o, finalmente, por no respetarse el desembolso mínimo del capital legalmente previsto.

4.º Por la incapacidad de todos los socios fundadores.

3. Vid. Boletín últimamente cit., pág. 5.

4. El referido Artículo 1 dispone lo siguiente: «Las normas de coordinación contenidas en la presente Directiva se aplicarán a las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros...».

5. Vid. Boletín últimamente cit., pág. 33.

5.º Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos.»

De todas estas causas –a mi juicio tan criticables– llama especialmente la atención la causa primera cuya inclusión no puede obedecer a otra razón que a la precipitación con que fue ultimado el Proyecto, supongo que por la rapidez de última hora en las fechas para el ingreso en la Comunidad Económica.

Afortunadamente nuestro legislador suprimió dicha causa, manteniendo las cuatro restantes en el artículo 31 de la Ley de Reforma, si bien exigiendo al comienzo que la sociedad ya se hubiera inscrito.

Creo que, cuando menos, las cuatro causas de nulidad mantenidas son redundantes, ya que las mismas ya vienen exigidas en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que su vulneración, por aplicación de los correspondientes artículos del Código civil, entrañaría sin más la nulidad de la sociedad.

Con todo, deseo en estas líneas centrarme exclusivamente en la causa 3.ª, referida a esa curiosa incapacidad de todos los socios fundadores, si bien, incidentalmente, no puedan dejar de mencionarse otras cuestiones que pondrán de relieve cómo la precipitación ha sido la nota fundamental de esta reforma.

Así centrado el tema, en mi opinión, el repetido precepto suscita, entre otras, las siguientes cuestiones:

I. En primer lugar se menciona en el último párrafo la figura de la inexistencia contractual como categoría independiente frente a la nulidad y a la anulabilidad lo que, si bien desde un punto de vista exclusivamente doctrinal o docente, podría suponer una acertada matización, desde un punto de vista exclusivamente legal o práctico entraña una confusión o, más exactamente, el mantenimiento de una confusión innecesaria en nuestro Derecho.

Como es sabido, la inexistencia negocial es una categoría necesaria en el Derecho francés que se vio obligado a crearla para mantener la posibilidad de impugnar la nulidad de casos extremos no mencionados expresamente en la ley⁶, pero no cabe duda que en nuestro Derecho carece de utilidad porque no produce unas consecuencias jurídicas mayores, ni tan siquiera distintas, de las de la nulidad radical y absoluta; y carece también de necesidad porque, a diferencia del Derecho francés –donde se hace necesaria– no es preciso que esté expresamente impuesta por la ley, siendo suficiente que venga exigida por el significado y por la finalidad que deba atribuirse a la propia ley o por obra de los principios generales del Derecho⁷.

El propio precepto parece entenderlo así al referirse exclusivamente al ejercicio de la acción de nulidad, ya que la inexistencia sería atacada con la misma acción.

II. Pero, aparte de la referencia hecha, lo importante es poner en contacto las expresiones «una vez inscrita la sociedad», del párrafo primero, y la «incapacidad de todos los socios fundadores», que se menciona en la causa 3.ª del precepto referido.

Parece, por una parte, que el legislador refiere las causas de nulidad sólo al momento de que la sociedad, tras el otorgamiento de la pertinente escritura pública, ha accedido al Registro Mercantil, estando debidamente inscrita.

Y si ello es así –como claramente parece– debe entenderse que la incapacidad de todos los socios fundadores no se ha producido en el momento del otorgamiento de la

6. Como es sabido en el derecho francés se venía exigiendo la necesidad de que para declarar la nulidad existiera un texto expreso que así lo autorizara –*pas de nullité sans texte*– y como quiera que en determinadas ocasiones se debía privar de efectos a un negocio y no existía texto se expreso se acudió como expediente solucionador a la inexistencia.

7. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Tomo I, pág. 287, Madrid, 1970.

pertinente escritura sino, por el contrario, en un momento posterior en el cual, prestado ya el correspondiente consentimiento contractual por los otorgantes, ya se ha producido –como el legislador exige– la consiguiente inscripción registral.

Insisto en que éste parece ser el único entendimiento posible, pues no es presumible que el legislador haga caso omiso de la obligación del Notario autorizante de indicar que a su juicio tienen los comparecientes capacidad legal para otorgar el acto o contrato que pretenden⁸, y no parece ni siquiera pensable que el Notario no hubiera reparado en la incapacidad, nada menos, que de todos los socios fundadores.

De ser esto así no parece adecuada la fijación de tal momento para la apreciación de la nulidad social toda vez que el consentimiento, y en su caso el vicio, ya se habrá producido y, además, el Registrador mercantil carece de medios para apreciar la incapacidad, estando, naturalmente, tal actividad totalmente fuera de su competencia⁹.

No obstante el legislador emplea la expresión «socio fundador», toda vez que la misma sólo puede referirse a aquellos socios que comparecen al otorgamiento de la escritura social suscribiendo la totalidad de las acciones, como declara el artículo 12 n.º 1 de la Ley de Sociedades Anónimas, tras la reciente reforma¹⁰.

Ante esto ha de concluirse señalando, cuando menos, una incongruencia entre el momento en que la incapacidad se produce y aquél en que, por tal causa, puede ejercitarse la acción de nulidad.

III. Otra cuestión a destacar es si la repetida incapacidad de todos los socios fundadores ha de darse en los mismos con anterioridad al otorgamiento de la escritura social, permaneciendo en tal acto, o puede ser apreciada y esgrimida aunque se dé en un momento posterior.

Por peregrino que pueda parecer el planteamiento, lo cierto es que el precepto nada aclara y que la referencia dicha al momento posterior de la inscripción aumenta la confusión.

Lo natural será entender, desde luego, que la incapacidad ha de darse precisamente en el momento de prestación del consentimiento, pero en tal caso la posibilidad de que la misma concorra necesariamente en *todos* los comparecientes y que el Notario autorizante no se aperciba de ello da a la situación, cuando menos, un cierto tinte de comicidad impropio de un texto legal.

Si, por el contrario, la apreciación de la incapacidad pudiera hacerse en un momento posterior al otorgamiento de la escritura –a pesar de que el consentimiento se hubiera prestado correctamente– la perplejidad, lejos de disminuir, aumentaría, pues en tal caso el legislador habría hecho caso omiso de las normas existentes sobre tutela y curatela e, incluso, sobre los legítimos derechos de los herederos forzosos de los socios fundadores.

IV. Aspecto distinto es si la tan repetida causa de nulidad sólo ha de darse en los socios fundadores o su referencia ha de entenderse a todos los que sean socios de la sociedad en un determinado momento, precisamente en aquél en el que la causa se alegue.

8. El vigente Reglamento Notarial exige en su artículo 156 número 8.º que: «La comparecencia de toda escritura indicará: ... 8.º La afirmación, a juicio del Notario, y no apoyada en el solo dicho de los otorgantes, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera».

9. En este sentido, debe tenerse en cuenta, entre otros, el nuevo artículo 18.2 del Código de comercio, según redacción dada por la propia ley 19/89 de 23 de Julio, que dispone que: «2. Los Registradores calificarán sobre su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro».

10. El referido artículo 12, n.º 1 preceptúa que: «En el caso de fundación simultánea o por convenio serán fundadores las personas que otorguen la escritura social y suscriban todas las acciones».

Y no es esta cuestión baladí, porque su planteamiento afecta al recto entendimiento del precepto buscando, más que la *voluntas legislatoris*, la *voluntas legis* de la norma.

Efectivamente, si bien los socios fundadores son todos los existentes en el momento constitutivo¹¹, no cabe duda que en un momento inmediatamente posterior éstos pueden transmitir sus acciones de forma tal que ya los socios de la sociedad de que se trate, incluso todos ellos, no tengan el carácter de socios fundadores.

En esta situación ¿qué aplicación tendría el precepto objeto de esta reflexión? Ya no hay, en rigor, socios fundadores pero, en cambio, todos los socios de la sociedad han devenido incapaces, y en tal estado de cosas hemos de preguntarnos si la causa de nulidad comentada es o no de aplicación al caso.

Desde luego, no parece que el precepto pudiera tener aplicación al supuesto, de un lado por la interpretación necesariamente restrictiva en tema de ineficacia general y limitación de derechos; y de otro, porque no cabe duda que en tal caso entrarían sin más las instituciones de tutela o curatela que fueran de aplicación.

Y si ello es así —y así parece— ¿porqué atribuir un tratamiento distinto a la situación si la incapacidad, en vez de afectar a simples socios, afecta a socios fundadores? Evidentemente la situación, de existir, sería cuando menos pintoresca.

Pues bien, más sorprendente sería, si cabe, la situación siguiente: los socios fundadores han transmitido sólo parte de sus acciones y los nuevos socios —incluso mayoritarios— son real y legalmente los gestores de la sociedad. En tal caso si se diera la incapacidad de los socios fundadores —y la norma fuera de rigurosa aplicación— la sociedad, al parecer, devendría en nula o inexistente.

El momento recuerda la suerte de la esposa o esposas del maharajá que, a la muerte de éste, debían ser enterradas junto a él, naturalmente vivas.

V. Desde otro punto de vista, el precepto comentado se refiere, en principio, al caso de la fundación simultánea o por convenio, porque el mismo no parece que en puridad, pudiera trasladarse al caso de la fundación sucesiva, en el que pueden y suelen ser distintas las figuras de los promotores, los suscriptores y de los otorgantes de la escritura de constitución, a quienes expresamente se refiere el artículo 27 de la Ley, también reformado¹².

Ante esta situación cabe plantearse la cuestión de si la nulidad a que se refiere la repetida causa 3.ª del artículo 31 de la ley se aplica únicamente a la fundación simultánea o también es de aplicación a la fundación sucesiva.

De ser aplicable a la fundación sucesiva lo primero a dilucidar será a qué sujetos habrá de afectar la incapacidad, toda vez que no hay fundadores, en el sentido de la fundación simultánea, sino únicamente promotores y otorgantes de la escritura, ya que parece razonable que los meros suscriptores sean excluidos del ámbito de aplicación del precepto.

Como ya apunté, la interpretación de la norma no parece posible que sea extendida a supuestos distintos, aunque asimilables, del que se refiere a los socios fundadores habida cuenta del criterio restrictivo que en la interpretación de estas materias ha de imperar.

No obstante, en una pura especulación hipotética cabría pensar que, de ser aplicable a la fundación sucesiva, únicamente podría aplicarse a las figuras de las otorgantes de la escritura fundacional, que son las personas que al efecto hayan sido designadas a tal fin por la Junta constituyente, y a las que se refieren los artículos 23, e) y 27 de la ley, tras la reforma¹³.

11. Me refiero aquí, naturalmente, sólo al supuesto de la fundación simultánea ya que a la fundación sucesiva me referiré más adelante.

12. Cfr. los artículos 18 a 30.b) de la Ley tras la reforma del pasado 25 de Julio.

13. Expresamente lo declara así el artículo 27 de la ley.

Pero en tal caso las personas dichas no hacen mas que instrumentalizar los acuerdos que la Junta constituyente haya adoptado¹⁴ por lo que, de existir, la incapacidad de los otorgantes no podría afectar a la esencia del acuerdo o acuerdos sino únicamente a la formalización de los mismos. En tal caso no parece que pudiera predicarse mas que la ineficacia de la escritura, pero no la de la sociedad.

Evidentemente, el supuesto no podría extenderse a la figura de los promotores porque éstos lo único que deberán firmar es el programa fundacional¹⁵ y pudiera ocurrir que en el momento de la suscripción de las acciones ninguno de los promotores adquiriera ni siquiera la condición de accionista.

VI. Por último, debo referirme al supuesto, ya apuntado por URÍA¹⁶, de que igualmente produciría la nulidad de la sociedad, no la incapacidad de todos los socios fundadores, sino la de alguno o algunos de ellos siempre que, por su causa, el número de fundadores capaces fuera inferior a tres, que es el número mínimo legalmente exigido¹⁷.

Con esta mera anotación se pone de relieve, más aún si cabe, la inadecuación de la causa comentada que no es más que la expresión de la total inadecuación del precepto donde se inserta.

Como colofón de lo expuesto, entiendo que, de manera general, el artículo en cuestión ha sido fruto de la precipitación final en la adaptación de la legislación mercantil a las exigencias comunitarias, precipitación motivada por razón del calendario último de la adhesión, y no por el tiempo del que realmente se dispuso para ello. La mera copia en muchos casos de las Directivas comunitarias, como en el caso presente, son muestra de ello.

Probablemente esta opinión se vea confirmada en los próximos tiempos con el cúmulo de problemas que la aplicación de la Ley pondrá de manifiesto y que desde algunos foros ya se anuncian.

14. Vid. el artículo 20 de la ley.

15. Vid. el artículo 20 de la ley.

16. URÍA, *Derecho Mercantil*, decimosexta edición, pág. 230, Madrid, 1989.

17. Vid. el artículo 12 de la ley que, sorprendentemente, sigue manteniendo el número mínimo de tres fundadores a pesar de las numerosas y razonables críticas al respecto.