

Los efectos de la declaración de nulidad de los acuerdos sociales*



JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Complutense de Madrid.
Doctor en Derecho por la Universidad de Bologna.
LLM por la Universidad de Harvard.
Abogado por la Universidad Complutense de Madrid.

SUMARIO:

- I. La volatilidad de la nulidad como categoría jurídica.
- II. Los efectos procesales.
- III. La nulidad y el régimen tradicional de ineficacia negocial.
- IV. La singularidad de la nulidad de los acuerdos societarios.
- V. Los regímenes de la nulidad societaria.
- VI. Otras sanciones específicas.
- VII. Nulidad y vertiente institucional de la sociedad.
- VIII. La nulidad como categoría especial.
- IX. Los efectos frente a terceros.
- X. Los efectos internos.
- XI. La suspensión cautelar del acuerdo.
- XII. La obligación de restablecimiento de la situación quebrantada.
- XIII. Los acuerdos contrarios al orden público.



* El presente trabajo ha sido elaborado para su inclusión en el *Liber Amicorum* dedicado al Profesor Juan Luis Iglesias Prada, editado por Thomson Reuters/Civitas en 2014, y ha sido publicado también en la Revista de Derecho Mercantil, N° 290, octubre/diciembre 2013, pp.141-169.

I. LA VOLATILIDAD DE LA NULIDAD COMO CATEGORÍA JURÍDICA

En el Derecho español, la nulidad es una categoría variable y tornadiza, que carece como tal de un significado homogéneo y unitario.

La regla general es que, en ausencia de previsión expresa, "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho" (artículo 6.3 del Código Civil), entendiéndose por tal la nulidad automática que se produce ipso iure por obra del propio ordenamiento. Pero el extremado y a menudo indeseable rigor jurídico de los efectos tradicionalmente asociados a esta nulidad (carácter automático, originario, estructural, absoluto e insanable) hace que el ordenamiento se cuide a menudo de predisponer un régimen particular y singularizado de ineficacia para determinados actos ilícitos o antijurídicos, en el que se precisan las concretas condiciones en que opera, las personas capacitadas para hacerla valer y la medida exacta de los efectos suprimidos. Al ocuparse de los actos irregulares o defectuosos, las leyes no están constreñidas por ninguna categoría previa y pueden prever –como recuerda el artículo 6.3 del Código Civil– un "efecto distinto" de la nulidad de pleno derecho, graduando o modulando las características propias de ésta en función del tipo de norma en cuestión y de los bienes jurídicos que se vean afectados. No existe –como destacó DE CASTRO¹– "una dogmática *a priori* de la ineficacia", que como tal se imponga o vincule ontológicamente al legislador. Se verifica así una diversificación o gradación normativa de los mecanismos de reacción frente a los actos *contra legem*, que responde esencialmente a criterios funcionales relacionados con la particular naturaleza y finalidad de los intereses afectados

por la norma de que se trate y con las exigencias prácticas del tráfico jurídico. Y ello supone que la ineficacia o la nulidad pierdan cualquier rasgo congénito o inmaterial para erigirse en simples categorías generales, que engloban un heterogéneo conjunto de medidas predisuestas por el ordenamiento al abordar los vicios o irregularidades que afectan a determinados actos o negocio jurídicos².

Pero además, lo que resulta más significativo, principios similares rigen incluso en aquellos casos en que, por haber omitido el legislador cualquier régimen específico de ineficacia, la nulidad de pleno derecho debería reputarse aplicable. La jurisprudencia, en concreto, es constante al descartar que la nulidad sea una sanción rígida con unos caracteres fijos y predeterminados que como tal deba aplicarse de forma mecánica en cualquier supuesto de disconformidad con una ley, sino que antes bien es un remedio flexible cuya aplicación exige atender en todo caso a las circunstancias del acto o negocio en cuestión y a los intereses jurídicos que resulten afectados. Como declara –entre otras muchas que podrían citarse– la sentencia del Tribunal Supremo ("STS") de 10 de abril de 2007, "en los casos en que se establece específicamente la nulidad del acto contrario a la disposición legal, o esta consecuencia es inherente a su naturaleza y contenido, los efectos de esta sanción legal tampoco revisten carácter absoluto, sino que, mediante la adecuada interpretación de la ley, deben modularse, si resulta procedente, en función de la finalidad prevista en el precepto contrariado y, específicamente, de los derechos o intereses que se trata de garantizar"³.

El carácter mudable e impreciso que de por sí distingue a las nociones de ineficacia, nulidad,

1. DE CASTRO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: 1985 Reedición, p. 461.

2. Por todos, Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Volumen I, *Introducción. Teoría del contrato*. Sexta Edición, Madrid: Editorial Civitas, 2007, pp. 564 y 575.

3. Para una exposición más completa y detallada de esta jurisprudencia, puede consultarse ASUA GONZÁLEZ, comentario del artículo 6, en AA.VV. (directores: CAÑIZARES LASO / DE PABLO CONTRERAS / ORDUÑA MORENO / VALPUJETA FERNÁNDEZ), *Código Civil Comentado*. Volumen I, Madrid: 2011, pp. 83 y ss., quien destaca en atención a la misma que "la nulidad se ha convertido sólo en una posibilidad frente a la contravención".

anulabilidad o invalidez y semejantes se ve además acrecentado por la inconcreción con que éstas tienden a manejarse por el legislador y en la práctica jurídica, lo que dificulta también cualquier intento de asignarles un contenido rígido y obliga a analizar con detalle las concretas características del régimen de que se trate.

En atención a estos principios, la cuestión que se suscita es la relativa a los efectos que han de atribuirse a la declaración de nulidad de un acuerdo social, como consecuencia de la estimación de una acción de impugnación.

II. LOS EFECTOS PROCESALES

Nuestro ordenamiento societario carece de cualquier regla específica sobre los efectos materiales o sustantivos de las sentencias estimatorias de acciones de impugnación. La Ley de Sociedades de Capital ("LSC") sólo se ocupa de éstas desde una perspectiva registral, al disponer que "la sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil" (artículo 208.1), publicándose un extracto en el BORME (Boletín Oficial del Registro Mercantil); y si el acuerdo impugnado hubiera sido objeto de inscripción, la sentencia determinará además la cancelación de ésta y de los "asientos posteriores que resulten contradictorios" con la misma (artículo 208.2)⁴.

Las sentencias estimatorias de acciones de impugnación producen además los efectos de cosa juzgada que son propios de cualquier resolución judicial firme. En concreto, en los términos del artículo 222.3.III de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("LEC"), "las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos sociales afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado"⁵. Pero esta regla tampoco prejuzga la naturaleza y alcance de la sanción jurídica asociada a la declaración de nulidad. El hecho de que las sentencias "afecten" a todos los socios es una simple concreción del principio de cosa juzgada material, destinado a evitar, no sólo que un acuerdo social pueda ser impugnado por otro socio y por la misma causa en un proceso posterior⁶, sino también y esencialmente que aquél pueda seguir desplegando sus efectos en relación con los socios que no hayan sido parte del proceso⁷. Si todos los socios, "incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general" (artículo 129.2 LSC), la eventual anulación de éstos debe también afectar a todos por igual.

III. LA NULIDAD Y EL RÉGIMEN TRADICIONAL DE INEFICACIA NEGOCIAL

A pesar de esta parquedad normativa, y de la imposibilidad de inferir unas consecuencias jurídicas uniformes de la sanción de nulidad, existe una generalizada disposición natural a

4. Al respecto, v. últimamente la STS de 23 de febrero de 2012, citando «la cancelación de asientos registrales posteriores a aquellos en los que exista "contradicción" entre la sentencia y los asientos posteriores». Ofrece también gran interés la reciente Resolución de la DGRN de 18 de mayo de 2013, exigiendo a este respecto, "cuando menos, un pronunciamiento judicial genérico de cancelación de los asientos posteriores contradictorios" (en contra de lo afirmado en las anteriores Resoluciones de 26 de febrero de 2001 y de 4 de febrero de 2011), aunque no la identificación precisa de dichos asientos, y que entiende que las inscripciones a cancelar serían "las relativas a actos posteriores que ejecuten el acuerdo anulado o que partan de la situación por él creada".
5. La misma regla se formulaba antes de la promulgación de la LEC por el artículo 122.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, que añadía –y sobre ello volveremos– que la sentencia estimatoria "no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado".
6. Como destaca A. ROJO, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (directores ROJO / BELTRÁN), Tomo I, Madrid: 2011, p. 1474 ("con esta formulación se recoge por la Ley el principio de cosa juzgada material, excluyendo la posibilidad de un proceso posterior en el que cualquier socio impugne el mismo acuerdo por la misma causa").
7. Así, DE LA OLIVA SANTOS, A. "Cosa juzgada material (artículo 222)". En: AA.VV. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: 2001, pp. 401 y ss.

reconducir la nulidad de los acuerdos sociales judicialmente declarada a la noción tradicional de la nulidad absoluta y de pleno derecho, en el sentido de negar efecto alguno al acuerdo invalidado y de extender la nulidad a todos los actos o acuerdos posteriores que de cualquier forma tengan su origen mediato en aquél.

Resulta ilustrativa a este respecto –entre otras muchas sentencias que cabría referir– la STS de 27 de diciembre de 1993, que declara que la nulidad de dos juntas irregularmente convocadas tendría:

“un carácter radical (...), al resultar aplicable al derecho societario, con todas sus consecuencias, el párrafo 3º del artículo 6 del Código Civil, nulidad que, por supuesto, afectaba y se extendía a cuantos acuerdos fueron adoptados en las juntas de referencia, despojándoles de toda eficacia actual y posterior, o sea, como si no existiesen (...). Dado que la nulidad originaria (...) proyecta su influencia hacia el futuro, está fuera de duda que invalidó, también de raíz, las convocatorias de las posteriores y los acuerdos todos que se tomaron en las mismas (...).”

Más recientemente, la STS de 23 de febrero de 2012 atribuye “naturaleza declarativa” a la sentencia estimatoria de una acción de impugnación, “en la medida en que declara con eficacia de cosa juzgada una situación preexistente, una vez firme produce sus efectos *ex tunc* o, lo que es lo mismo, se retrotrae al momento de

la aprobación del acuerdo y se proyecta sobre los acuerdos posteriores que se sustentan en el anulado”. Y es también paradigmática la Sentencia de la Audiencia Provincial (“SAP”) de Málaga de 5 de mayo de 2006, que anula una junta universal celebrada en el año 1989 en la que se nombró a un administrador único, por entender que “la inexistencia de una junta no puede sino equipararse a su nulidad radical (artículo 6.3 del Código civil)”, y que extiende la declaración de nulidad a todas las juntas generales de accionistas celebradas por la sociedad con posterioridad a dicha fecha y a todos los acuerdos adoptados en el seno de las mismas, por tener su origen en la convocatoria inicial realizada por el referido administrador; estas consecuencias tan radicales encontrarían fundamento en la tradicional regla o máxima “*quod nullum est nullum producit effectum*”.

También la doctrina tiende a asumir, habitualmente de forma refleja y sin mayor consideración, que la sanción aplicable a los acuerdos sociales irregulares sería la nulidad radical y absoluta. El régimen de impugnación de los acuerdos sociales compartiría, no sólo origen, sino también fundamento teórico y conceptual con el sistema general de nulidades de los actos y negocios jurídicos, que se trasladaría sin mayores ajustes ni particularidades al mundo de las sociedades mercantiles. La noción de nulidad manejada por el legislador societario carecería por ello de cualquier especialidad sustantiva en relación con la categoría ordinaria, que con carácter general se localiza en el artículo 6.3 del Código Civil⁸. Incluso

8. En la misma línea se enmarca la SAP de Madrid de 20 de junio de 2006, que atribuye a la sentencia estimatoria de una acción de impugnación “un efecto *ex tunc*, es decir que se retrotrae al momento de la aprobación del acuerdo. Además la declaración de nulidad del acuerdo producirá sus efectos *erga omnes*, de tal manera que el acuerdo es nulo frente a todos y el pronunciamiento judicial conlleva la desaparición del mundo jurídico del acuerdo anulado, lo que conlleva la extinción de los derechos, expectativas y obligaciones que el acuerdo generaba. Se restablece la situación anterior al acuerdo que ha sido declarado nulo. Y todo ello se produce de una forma radical y automática con la sola firmeza de la sentencia estimatoria (...)”.

9. Para una formulación reciente de estas ideas, v. por ejemplo M.A. ALCALÁ DÍAZ, “Junta general (impugnación de acuerdos)”, en AA.VV. (director ALONSO LEDESMA). *Diccionario de Derecho de sociedades*. Madrid: 2006, pp. 735 y ss.: “puede afirmarse que la noción de nulidad utilizada en el Derecho de sociedades anónimas constituye la traslación del supuesto general de nulidad de los actos y negocios jurídicos tal y como se define con carácter general en el artículo 6.3 CC (...). Esta conceptualización del término legal permite concluir que la definición del artículo 115.2 LSA no estaría consagrando una especialidad normativa en relación con los acuerdos sociales respecto de la definición general de nulidad del CC”.

quienes modernamente propugnan la conveniencia de reducir y concretar las posibles causas de impugnación de los acuerdos sociales con vistas a una eventual reforma de este régimen, lo hacen por el declarado propósito de convertir la anulabilidad en regla general y de circunscribir los radicales efectos que se atribuyen a la sanción de nulidad a ciertos supuestos tasados de especial gravedad, que como tales serían los únicos merecedores del mayor reproche jurídico¹⁰.

Pero esta propensión a extraer las consecuencias más extremas y severas asociadas al artículo 6.3 del Código Civil de la declaración de nulidad de los acuerdos sociales incurre –a mi modo de ver– en un equívoco o malentendido, consistente en vincular la “nulidad” a un determinado régimen preconcebido y dogmático de ineficacia contractual¹¹. En nuestro ordenamiento –lo hemos visto– la nulidad no es una sanción rígida e inflexible que acompañe indefectiblemente a cualquier contravención legal, sino que por el contrario es un remedio que debe aplicarse de modo singularizado atendiendo a los fines institucionales de la norma en cuestión y a los derechos e intereses a los que afecte. No existe ninguna categoría previa o dogmática de nulidad que se imponga al legislador o al intérprete. Y ello comporta que los efectos de las sentencias que declaren la nulidad de un acuerdo social deben regirse, no por las reglas y principios generales de los contratos, sino por los que son propios del

Derecho de sociedades y, en particular, por el significado que éste atribuye a la sanción de nulidad en relación con los vicios o irregularidades que pueden afectar a las sociedades mercantiles. Porque aun careciendo de una disciplina completa y orgánica sobre la nulidad, el sistema societario incluye numerosas manifestaciones de ésta en relación con figuras e instituciones concretas que permiten inferir una categoría general, que como tal resultaría de aplicación debida al conjunto de actos y relaciones generados por la actuación de las sociedades mercantiles.

Esta circunstancia se refuerza, en el ámbito societario, considerando el enfoque que en términos generales debe presidir cualquier aproximación a la cuestión de la invalidez de los negocios jurídicos, en el sentido de disociar dos cuestiones o problemas distintos: el diagnóstico o determinación de los vicios o irregularidades susceptibles de afectar a los actos de que se trate, por un lado, y el tratamiento jurídico que el ordenamiento dispone para esos vicios o irregularidades, por otro, al tratarse de aspectos que no siempre se ofrecen de manera uniforme y que el legislador puede abordar con las más variadas soluciones. La necesidad de distinguir estos dos planos se fundamenta, como destacó BETTI, en que “no siempre el Derecho puede considerarse satisfecho con atribuir a la anormalidad del negocio la invalidez como consecuencia constante y exclusiva”¹².

10. Así, QUIJANO GONZÁLEZ, J. “El sistema de impugnación de acuerdos sociales: necesidad de una reforma”. En: AA.VV., *La junta general de las sociedades de capital. Cuestiones actuales*. Madrid, 2009, p. 82, y en “Bases para una revisión del derecho de impugnación de los acuerdos sociales”. En: AA.VV. (directores LEDESMA, Alonso, UREBA, Alonso y VELASCO, Esteban). *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*, Tomo I, Pamplona, 2011, p. 280. En esta línea se enmarca también la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación de 2013, que básicamente se cuida de concretar los distintos tipos de acuerdos que merecerían la consideración de “acuerdos nulos” (artículo 214-12).

11. En la misma línea se ha manifestado CARRASCO PERERA, “Contra la nulidad de los negocios prohibidos de adquisición de participaciones sociales en autocartera. Comentario a la STS de 1 marzo 2012”, *RdS*, 39, 2012, p.347, a quien «sorprende el éxito que generalmente acompaña al artículo 6.3 CC cuando actúa extramuros del estricto Derecho civil (...). Me asombra como *iusprivatista* que soluciones de nulidad, que debían haber atendido exclusivamente a una ponderación de los intereses privados en juego, se anclen finalmente en un sectarismo dogmático (...). También la reciente Resolución de la DGRN de 30 de mayo de 2013 ha entendido que el problema radica “en un extendido y a veces mal formulado así como equivocado entendimiento de la supuesta eficacia radical y retroactiva o *ex tunc* de la declaración judicial de nulidad de los acuerdos sociales impugnados”.

12. BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Comares, 2000, p. 404.

IV. LA SINGULARIDAD DE LA NULIDAD DE LOS ACUERDOS SOCIETARIOS

La inconcreción y ductilidad de la nulidad como categoría jurídica, y su idoneidad para albergar toda clase de regímenes singulares sobre las consecuencias asociadas a determinados vicios o incumplimientos legales, encuentra precisamente una de sus manifestaciones más cabales en materia de impugnación de los acuerdos sociales (artículo 204 y siguientes de la LSC).

La LSC –de todos es sabido– distingue los acuerdos impugnables en “nulos”, entendiéndose por tales los contrarios a la ley, y en “anulables”, que son los que se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros (artículo 204). En una aproximación preliminar, la utilización por el legislador societario de unos términos tan señalados como los de *nulidad* y *anulabilidad* a los efectos de delimitar los acuerdos impugnables podría interpretarse al modo de una remisión a ambas categorías de ineficacia negocial, con el contenido y significado que tradicionalmente las distinguen¹³. Pero una consideración más

atenta a la realidad revela de inmediato que ambas nociones carecen de toda correspondencia con dichas categorías¹⁴ y que, antes bien, persiguen un fin antagónico, consistente en erigir un régimen específico de ineficacia de los acuerdos sociales que evite la traslación invasiva de las reglas ordinarias de los contratos.

La impugnación de los acuerdos nulos, en concreto, está sometida a un plazo general de caducidad de un año (artículo 205.1 LSC), transcurrido el cual los acuerdos, pese a adolecer de una infracción legal, quedan jurídicamente convalidados y devienen inatacables¹⁵. Si de una nulidad radical o de pleno derecho se tratara, el acuerdo nulo o contra legem sería indisponible para las partes, la nulidad podría declararse por iniciativa de cualquier persona con interés legítimo (en el límite, de oficio por los tribunales), la acción para declararla no prescribiría ni caducaría y, en general, el acuerdo sería incapaz de producir ninguno de los efectos jurídicos perseguidos por las partes¹⁶. Pero nada de esto ocurre con los acuerdos sociales nulos, que se benefician de una eficacia jurídica plena como consecuencia de la simple inactividad de los

13. Como últimamente parece asumir VIÑUELAS SANZ, M., “El derecho de impugnación de los acuerdos sociales. Impugnación de los acuerdos del consejo de administración”. En: AA.VV., *El accionista minoritario en la sociedad cotizada (Libro blanco del accionista minoritario)*. Madrid: 2012, p. 316, que declara que “mientras la infracción de la Ley se sanciona con la nulidad del acuerdo, la infracción de los estatutos y el interés de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas o terceros sólo determina la anulabilidad del mismo”.
14. Así, expresamente, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J. “La sociedad anónima: órganos sociales. La junta general de accionistas”. En: AA.VV. (directores: URÍA, R. y MENÉNDEZ, A.), *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Segunda Edición, Madrid: 2006, p. 946 (“se trata en todo caso de un criterio distintivo que no se corresponde en absoluto con las categorías comunes de la nulidad y de la anulabilidad”).
15. Este plazo de caducidad ha sido reducido a quince días en relación con las decisiones y acuerdos que pueda adoptar el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) en ejercicio de las facultades correspondientes al órgano de administración o a la junta o asamblea general de las entidades de crédito sometidas a procesos de reestructuración o resolución, siendo así que aquéllos sólo pueden impugnarse “de acuerdo con las normas y los procedimientos previstos para la impugnación de acuerdos sociales de las sociedades de capital que sean contrarios a la ley” (artículo 71.1 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito). Se trata aquí de otra manifestación muy reveladora de la libertad soberana del legislador para diseñar regímenes de nulidad específicos y a medida, en función del sector del ordenamiento de que se trate y de los intereses jurídicos protegidos.
16. Sobre los perfiles tradicionales de la nulidad y sus diferencias con la anulabilidad, que tampoco es una cuestión que se presente de forma pacífica e indiscutida, v., por todos, GORDILLO CAÑAS, A., voz “nulidad”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol.III, Madrid: 1995, pp. 4459 y ss.; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato”. En: AA.VV. (coordinador DELGADO ECHEVARRÍA), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. Pamplona: 2007, pp. 61 y ss.; GRIMALT SERVERA, P., *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código Civil. Revisión crítica de la categoría de la anulabilidad*, Granada, 2008, pp. 9 y ss.

sujetos a los que se reconoce legitimación para impugnar durante el breve plazo de caducidad previsto al efecto.

Como ha destacado el Tribunal Supremo, el plazo de caducidad de un año para la impugnación de los acuerdos nulos tiene el "carácter de norma específica" en relación con el artículo 6.3 del Código Civil, plazo "cuya razón legislativa, que impone, por regla general, la sanción o convalidación de los acuerdos nulos por el transcurso del plazo de impugnación, descansa en la conveniencia de facilitar la certeza de las relaciones jurídicas para evitar la perturbación tardía del tráfico jurídico" (STS de 15 de noviembre de 2004). La consecuencia es que dicho plazo determina "la convalidación legal de los acuerdos nulos por el transcurso del tiempo cuando la acción no se haya ejercitado" (STS de 26 septiembre de 2006)¹⁷. Y también la Dirección General de los Registros y del Notariado ("DGRN") ha admitido pacíficamente la inscripción en el Registro Mercantil de acuerdos que en origen debían considerarse nulos una vez transcurrido el plazo legal de impugnación, toda vez que "en

el sistema legal se admite que la sanación de acuerdos nulos sea efectiva no sólo mediante el correspondiente acuerdo social de convalidación, sino también por la pasividad de los legitimados para el ejercicio de la acción de impugnación, caducidad que en el presente caso ha operado por el transcurso de más de un año desde la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de los acuerdos" (Resolución de 30 de julio de 2001).

De hecho, es notorio que el plazo de caducidad de un año para el ejercicio de las acciones de impugnación de los acuerdos nulos fue introducido al tiempo de aprobarse la Ley de Sociedades Anónimas ("LSA") de 1989, con el deliberado propósito de excluir en este ámbito la aplicación del régimen general sobre nulidad de los actos y negocios jurídicos¹⁸. El abandono de la categoría clásica de la nulidad, en concreto, respondió al afán normativo de favorecer la consolidación y certidumbre de las situaciones jurídicas, evitando que la actividad regular de las sociedades se viera perturbada con impugnaciones tardías e intempestivas que pudiesen afectar negativamente a relaciones y actos ya

17. De conformidad con estos principios, el Tribunal Supremo ha entendido que no podían ser impugnados una vez transcurrido el plazo de caducidad de un año –y por tanto que debían entenderse jurídicamente convalidados– acuerdos que adolecían de vicios o irregularidades como el defecto de constitución de una junta que aprobó un aumento de capital (STS de 18 de mayo de 2000), un acuerdo de nombramiento de nuevos administradores y de modificación de la estructura del órgano de administración (STS de 4 de marzo de 2002), el incumplimiento del quórum de constitución de una junta (STS de 11 de abril de 2003), el acuerdo de reelección de un consejero (STS de 29 de septiembre de 2003), el acuerdo de una junta de exigir responsabilidades a un administrador (STS de 21 de febrero de 2006), una reducción de capital con restitución de aportaciones que fue impugnada por un acreedor social (STS de 26 de septiembre de 2006), un aumento de capital aprobado en una junta universal (STS de 29 de octubre de 2008), el cambio de objeto estatutario aprobado por la asamblea de una cooperativa (STS de 27 de julio de 2010) o un acuerdo de aumento de capital aprobado por el acreedor pignoraticio de las acciones (STS de 10 de noviembre de 2011).

18. La vieja Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, en efecto, partía del principio de que los acuerdos nulos no quedaban sometidos a plazo de caducidad alguno, a diferencia de los anulables. En concreto, mientras que estos últimos debían ser impugnados en un plazo de cuarenta días, la Ley disponía expresamente "que no quedan sometidas a estos plazos de caducidad las acciones de nulidad de los acuerdos contrarios a la ley, que podrán ejercitarse pasados esos plazos por el procedimiento del juicio declarativo ordinario" (artículo 68.B). Y la propia exposición de motivos de la Ley afirmaba partir de "la distinción entre los acuerdos sociales que por su índole deben reputarse radicalmente nulos, y respecto de los cuales la acción impugnativa no debe estar sujeta a caducidad, y aquellos otros simplemente anulables cuya impugnación queda sometida a un plazo corto de caducidad, transcurrido el cual el acuerdo se hace inatacable". Esta diferencia de régimen, y en particular el carácter imprescriptible de los acuerdos nulos, se fundamentaba en el principio general del artículo 6.3 del Código Civil. Al respecto, entre otros, v. URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J.M., *La junta general de accionistas, Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo V, Madrid, 1992, p.318; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, Madrid: 2007, pp. 352 y ss.

perfeccionados y, de esta forma, a la propia seguridad del tráfico jurídico¹⁹.

Principios similares, que traslucen por igual la resuelta voluntad del legislador de sujetar a las sociedades de capital a un régimen singular y *ad hoc* de nulidad distinto del común, se evidencian también -y de forma más visible- en materia de impugnación de los acuerdos del consejo de administración (artículo 251 LSC), como revelan las mayores restricciones en materia de plazo y de legitimación para combatir aquellos que sea nulos o *contra legem*. La apremiante necesidad de preservar la seguridad jurídica de los acuerdos y decisiones del órgano de gestión de la sociedad y de evitar que ésta se vea negativamente afectada en su operatividad y funcionamiento por impugnaciones lejanas en el tiempo son también los motivos que dan cuenta de esta opción normativa²⁰.

V. LOS RÉGIMENES DE LA NULIDAD SOCIETARIA

La inequívoca voluntad del legislador de sustraer a las sociedades de capital del tradicional régimen de nulidad y anulabilidad de los negocios jurídicos y, en consecuencia, de prever un "efecto distinto" -en los términos del artículo 6.3 del Código Civil- para los actos o acuerdos societarios contrarios a la ley encuentra su manifestación más acabada en el singular régimen

sobre "la nulidad de la sociedad", contenido en el capítulo V del título II de la LSC (artículos 56 y 57). En lo que aquí interesa, este régimen se singulariza, no sólo por enumerar de forma taxativa los supuestos en que podrá ejercitarse la "acción de nulidad" contra una sociedad inscrita (artículo 56 LSC), sino también por configurar la nulidad judicialmente declarada como una simple causa de disolución de la sociedad que "abre su liquidación, que se seguirá por el procedimiento previsto (...) para los casos de disolución" (artículo 57.1 LSC) y que "no afectará a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros, ni a la de los contraídos por éstos frente a la sociedad, sometiéndose unas y otros al régimen propio de la liquidación" (artículo 57.3 LSC).

La nulidad de la sociedad, pues, se concibe como una nulidad especial o *sui generis*, completamente desvinculada de los principios y categorías tradicionales del Derecho de obligaciones²¹, que se asienta en el firme propósito de garantizar -como afirma la primera Directiva comunitaria en materia de sociedades²²- "la seguridad jurídica en las relaciones entre la sociedad y los terceros, así como entre los socios" (considerando 6º). Como declara la STS de 10 de octubre de 2002:

"el régimen de la nulidad societaria en nuestra LSA responde a la Directiva 68/151/

19. Así, entre otros, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., "La sociedad anónima (...)", *Op. cit.*, p. 950; BERCOVITZ, A., "Impugnación de acuerdos sociales (Acuerdos impugnables)". En: AA.VV. (coordinador BERCOVITZ, A.), *La sociedad de responsabilidad limitada*. Pamplona: 1998, pp. 282 y ss.
20. Así, por todos, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Segunda Edición, Madrid: 2007, pp. 723 y ss., y ALCALA DIAZ, M. A., *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, Madrid: 1998, pp.174-175.
21. La absoluta falta de coincidencia entre este singular régimen de "nulidad" y la tradicional nulidad de los actos y contratos jurídicos ha sido destacada de forma unánime por la doctrina; así, sin ánimo exhaustivo, v. R. URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., "La sociedad anónima: fundación". En: AA.VV. (directores URÍA, R. y MENÉNDEZ, A.) *Curso (...)*, *Op. cit.*, p. 843; FERNÁNDEZ RUIZ, J.L., *La nulidad de la sociedad anónima en el Derecho comunitario y en el Derecho español*, Madrid, 1991, pp. 21 y ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, voz "Nulidad de las sociedades de capital". En: *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen III, Madrid, 1995, p. 4469; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., y DÍAZ MORENO, A., *Nulidad de la sociedad*, Volumen II del Tomo III, *Fundación de la sociedad, del Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Madrid: 1995, p.164 y ss.
22. Codificada ahora en la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros.

CEE, que en gran medida lo desvincula de la nulidad contractual para, prescindiendo de efectos retroactivos, asimilarlo o aproximar-lo a un supuesto de disolución con posterior liquidación, 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 (...)²³.

En clara analogía con esta disciplina, la inaplicabilidad del régimen general de la ineficacia negocial a las sociedades mercantiles encuentra otro ejemplo paladino en materia de impugnación de las operaciones de modificación estructural. La Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles ("LME") excluye la posibilidad general de impugnar una fusión -y por extensión una escisión (artículo 73) o una cesión global de activo y pasivo (artículo 90)- "tras su inscripción, siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley" (artículo 47.1); y,

para el caso excepcional de que la nulidad se declare por sentencia firme, prevé también que ésta "no afectará por sí sola a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la fusión, a favor o a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad surgida de la fusión" (artículo 47.3), debiendo estarse además al régimen de nulidad de la sociedad cuando la fusión haya sido por creación de una nueva sociedad (artículo 47.4).

Este especial régimen de nulidad se fundamenta también, es claro, en insoslayables exigencias de seguridad jurídica, relacionadas con la imposibilidad de desconocer de forma sobrevenida el complejo entramado de actos y relaciones generados internamente y frente a terceros por la actuación de cualquier sociedad en el tráfico²⁴. La relevancia de esta singular disciplina se ve además reforzada por su procedencia comunitaria²⁵, considerando que el régimen general de impugnación de los acuerdos sociales y de su eventual anulación no ha sido objeto de armonización en la Unión Europea.

23. Resulta también reveladora la STS de 17 de enero de 2012, que no duda en extender los principios de la Primera Directiva CEE a la constitución de una sociedad anterior a la LSA de 1989, para concluir que la simulación de las aportaciones y de la obligación de desembolso de varios accionistas no es causa de nulidad de la sociedad, entre otras razones porque "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 convallescere potest* - inadecuada para las sociedades inscritas (...)". También la STS de 5 de julio de 2012 ha entendido, en atención al principio de "protección de terceros" que subyace al singular régimen de nulidad de las sociedades de capital, que la rescisión de las aportaciones realizadas para la constitución de una sociedad limitada ha de operar como causa, no de nulidad sobrevenida, sino de disolución.
24. Por todos, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La fase de ejecución (escritura pública e inscripción en el Registro, Impugnación)". En: AA.VV., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tomo I, Pamplona: 2009, pp. 675 y 701. Ofrece gran interés a este respecto la reciente SAP de Zaragoza de 19 de abril de 2013, que deniega la acción revocatoria o pauliana ejercitada por la administración concursal de una sociedad concursada instando la rescisión de una operación de escisión parcial, por entender que las normas de la LME, al descansar sobre el "principio de conservación de la operación societaria inscrita", desplazan a las normas generales de protección de crédito.
25. La reciente Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, que codifica la Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, como consecuencia de las distintas modificaciones de que ha sido objeto, declara que "es preciso, con miras a garantizar la seguridad jurídica en las relaciones tanto entre las sociedades interesadas como entre éstas y los terceros, así como entre los accionistas, limitar los casos de nulidad y establecer, por una parte, el principio de la regularización cada vez que sea posible y, por otra, un plazo breve para invocar la nulidad" (10º considerando). En atención a este principio, la Directiva obliga a los Estados miembros a "organizar el régimen de nulidades de la fusión" bajo un conjunto de condiciones, entre las cuales se incluye que "la resolución que pronuncie la nulidad de la fusión no afectará por sí misma a la validez de las obligaciones nacidas a cargo o en beneficio de la sociedad absorbente, con anterioridad a la resolución y con posterioridad a la fecha en la que surta efecto la fusión" (artículo 22.1.g).

VI. OTRAS SANCIONES ESPECÍFICAS

Al margen de los regímenes anteriores, que evidencian el peculiar significado que los más recientes criterios de política jurídica asignan a la *nulidad* en el ámbito de las sociedades mercantiles, la regulación de éstas ofrece otros muchos ejemplos en que la realización de un acto en contravención de una norma imperativa se aborda mediante sanciones específicas, que desactivan los tradicionales efectos de la nulidad negocial en favor de medidas menos drásticas e intrusivas bajo el siempre recurrente propósito de resguardar la actuación en el tráfico de los entes societarios.

Este es el caso de la sociedad irregular o, por utilizar el término de la LSC (artículo 39), de la "sociedad devenida irregular". Históricamente, a las sociedades en situación de irregularidad se les negaba personalidad jurídica y de ello se colegía la nulidad o inexistencia de los contratos que celebraran, con la consiguiente habilitación de los terceros para reclamar a los gestores o administradores que hubieran contratado indebidamente por cuenta de aquéllas (artículo 120 del Código de Comercio). Pero la moderna legislación societaria, aun preservando el carácter constitutivo de la inscripción (artículos 20 y 33 LSC), concibe a la sociedad irregular como una sociedad plenamente capacitada para intervenir en el tráfico y mantener sus propias relaciones jurídicas, con la evidente finalidad de tutelar a los terceros que se relacionan con ella confiando en la apariencia derivada de su actuación externa²⁶. Al igual que la nulidad, la falta de inscripción opera esencialmente como

una simple causa de disolución (artículo 40 LSC), que en ningún caso afecta a la validez de los actos y negocios celebrados por la sociedad durante la situación de irregularidad.

Otro ejemplo puede encontrarse en la suscripción o adquisición irregular por una sociedad anónima de sus propias acciones, que en el orden civil se sanciona, no con la nulidad del negocio, sino con la obligación de enajenar las acciones indebidamente adquiridas en un determinado plazo (artículos 139.1 y 147 LSC)²⁷. También en este caso la sanción prevista para las adquisiciones *contra legem* trata de evitar la insoportable inseguridad jurídica que sobre la circulación de las acciones y el tráfico mobiliario supondría la tradicional nulidad de pleno derecho²⁸.

Y principios similares dan cuenta también del singular régimen de convalidación de los dividendos distribuidos con infracción legal, toda vez que la restitución de éstos se impone sólo en relación con los socios que conocieran o que hubieran debido conocer la irregularidad de la distribución (artículo 278 LSC).

VII. NULIDAD Y VERTIENTE INSTITUCIONAL DE LA SOCIEDAD

Las anteriores manifestaciones normativas acreditan la terminante opción del legislador societario de abordar las consecuencias de los actos irregulares a través de remedios *ad hoc* menos graves y extremos que los asociados a la nulidad de pleno derecho, destinados siempre a preservar el extenso y variado elenco de

26. Por todos, v. URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J. "La sociedad anónima: fundación (...)". En: AA.VV. (directores URÍA, R., y MENÉNDEZ, A. *Curso (...)*, Op. cit., p. 838.

27. La nulidad de la adquisición sólo se impone en los supuestos previstos en el artículo 146.4 LSC (acciones parcialmente desembolsadas, salvo que se adquirieran a título gratuito, y las que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias), pues en estos casos la mera obligación de reventa no evitaría que se produjera el efecto jurídico que el legislador pretende evitar, que es la extinción de la correspondiente obligación; así, por todos, IGLESIAS PRADA, J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J. "Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (II)". En: AA.VV., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Décima Edición, Vol. I, 2012, p. 442.

28. Así, por todos, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J. "La sociedad anónima: la acción como objeto de negocios jurídicos (...)". En: AA.VV. (directores URÍA, R. y MENÉNDEZ, A.). *Curso (...)*, Op. cit., pp. 900-901, así como la STS de 21 de abril de 2001.

relaciones jurídicas que produce la actuación de cualquier sociedad en el tráfico.

Sin duda, estos regímenes proceden de épocas distintas, no siempre responden a unos criterios unitarios de política jurídica y, al ir referidos a concretas figuras o instituciones societarias, adolecen de un cierto carácter parcial y fragmentario. Pero aun así, ponen de manifiesto la deliberada voluntad del legislador de sustraer a las sociedades de las reglas tradicionales de la ineficacia negocial. Y desde esta perspectiva, permiten inferir también un principio general sobre el significado que ha de revestir la nulidad dentro del conjunto del ordenamiento societario, en particular en aquellos ámbitos que no han merecido una atención legislativa expresa, sobre la base de las imperiosas necesidades de protección del tráfico y de las especiales características que distinguen al contrato de sociedad.

En efecto, en el origen de cualquier sociedad fundada por dos o más socios se encuentra un contrato. De contrato de sociedad habla el Código Civil (artículo 1.665 y siguientes) y de "contrato de compañía" el Código de Comercio (artículo 116 y siguientes). La propia LSC destaca que las sociedades de capital "se constituyen por contrato entre dos o más personas" o, en el caso de las sociedades unipersonales, por acto o negocio unilateral (artículo 19.1). Como todo contrato, el de sociedad tiene un componente obligatorio, al generar un haz de derechos y obligaciones para las partes que conforman la condición de socio. Pero el contrato de sociedad se distingue sobre todo por su vertiente institucional u organizativa, al dar vida a un nuevo ente o sujeto dotado de personalidad jurídica y, por tanto, con plena capacidad para actuar en el tráfico y para generar su propio

conjunto de relaciones, tanto internamente como frente a terceros²⁹.

Esta nota estructural del contrato de sociedad, consistente en engendrar una organización personificada que opera como centro de imputación jurídica, comporta numerosas excepciones o modulaciones a la aplicación de las reglas generales de los contratos³⁰. En la sociedad, cuestiones como los efectos del incumplimiento de una de las partes, la novación del contrato, su resolución o las consecuencias de la mora de un socio, por poner algunos ejemplos, se someten, no a las normas ordinarias del Derecho de los contratos, sino a las reglas específicas del Derecho de sociedades. Y lo mismo ocurre con el régimen de la nulidad, ya sea del propio negocio constitutivo de la sociedad, de las operaciones de modificación estructural o –como en nuestro caso– de los simples acuerdos sociales. En los contratos de cambio o sinalagmáticos, que canalizan un intercambio recíproco de prestaciones, la nulidad se condensa por lo general en la obligación de restitución de éstas (artículo 1.303 CC), como forma natural de restablecer la situación de hecho previa a la celebración del contrato. Pero en un contrato asociativo como el de sociedad, que trasciende del plano obligacional para crear un ente personificado que unifica al grupo y genera su propia esfera de relaciones al margen de los socios, la eventual comisión de una infracción legal no puede ser remediada desconociendo dogmáticamente este complejo entramado de relaciones. Así ocurre antes que nada en el plano material y objetivo, por la imposibilidad de decretar de forma taumaturgica la inexistencia del conjunto de efectos y consecuencias jurídicas que pueda haber generado el acuerdo social, como si no hubiera existido ni conformado ya –a menudo

29. Al respecto, ampliamente, PAZ-ARES, C. "La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad", en AA.VV. (directores URÍA, R. y MENÉNDEZ, A.), *Curso (...)*, Op. cit., p. 480 y ss.; DE EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades*, Madrid: 2001, p. 58 y ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, Volumen I, Valencia: 2010, p. 51 y ss.

30. Como afirma FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Op.cit.*, p. 52, "la dificultad de aplicar a los fenómenos societarios principios y conceptos procedentes de la teoría general del contrato justifica una tendencia cada vez más acusada a desplazar la problemática, característica del acto constitutivo de sociedad, fuera de la esfera estrictamente contractual".

de forma irreversible- la realidad jurídica³¹. Pero lo mismo sucede y a mayor abundamiento en el orden jurídico, considerando que la restitución de esta realidad al estado de partida –que es lo único a lo que obliga la nulidad- no puede hacerse ignorando los variados círculos de intereses que invariablemente se ven afectados por la actuación de cualquier ente societario a través de una medida tan desproporcionada e innecesaria como sería la nulidad absoluta de todos los actos y relaciones que de una u otra forma dimanen del acuerdo impugnado.

En las sociedades internas, que se limitan a establecer vínculos obligatorios entre los socios pero sin dar lugar a un ente personificado ni manifestarse hacia el exterior, los vicios de invalidez pueden ser adecuadamente resueltos aplicando las reglas ordinarias de ineficacia de los contratos. Pero tratándose de sociedades externas, que disfrutan de personalidad jurídica y se relacionan de múltiples formas con socios y terceros, la sanción por las eventuales infracciones legales no puede llevar a desconocer los distintos actos y negocios con trascendencia jurídica generados por su actuación en el tráfico. En este caso, como ha sido afirmado en relación con las sociedades de hecho o defectuosas, la aplicación mecánica de las reglas generales “encuentra en la realidad del tráfico

una resistencia prácticamente invencible. El ordenamiento no puede hacer tabla rasa de los hechos producidos y de los intereses creados al amparo de una sociedad (...) que ha venido funcionando en la realidad del tráfico (...)”³². Y aunque sea en relación específicamente con la nulidad de la sociedad, la jurisprudencia también ha enfatizado la necesidad de atender a “las particularidades que se derivan de la naturaleza plurisubjetiva e institucional del negocio jurídico fundacional” de una sociedad y al efecto de ésta en cuanto a “la generación de una organización societaria destinada a operar en el tráfico jurídico y a relacionarse con terceros” (STS de 26 de marzo de 2009).

Esta circunstancia explica, precisamente, la creciente tendencia del legislador a sustituir los tradicionales remedios anulatorios de carácter *real* contra los acuerdos irregulares por otros de carácter resarcitorio o indemnizatorio, que se manifiesta con intensidad en algunos ordenamientos comparados³³ y que cuenta también con significativos ejemplos en nuestra más reciente normativa societaria (como el artículo 47.1 de la LME, que excluye la impugnación de la fusión una vez inscrita, pero dejando a salvo “los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados”).

31. De “encantamiento” ha hablado FLUME, en *El negocio jurídico*, Madrid: 1998, p. 135, nota 14, al aludir a aquellos que asocian las nociones de contrato “nulo” y de contrato “inexistente” y “que consideran la nulidad del contrato como inexistencia en el sentido de las ciencias naturales. Si por el contrario la nulidad se entiende como no vigencia, para quien no piense doctrinariamente, no existe dificultad en limitarla de modo adecuado”. Ejemplos de este “encantamiento” pueden encontrarse en la ya referida SAP de Madrid de 20 junio de 2006, declarando que el pronunciamiento de nulidad “conlleva la desaparición del mundo jurídico del acuerdo anulado”, o en la antigua Resolución de la DGRN de 26 de febrero de 2001, reproducida por la más reciente de 4 de febrero de 2011, en el sentido de que los efectos de la sentencia que declare la nulidad de un acuerdo habrían de retrotraerse al momento de su adopción, “cual si el mismo nunca hubiera existido”. Pero se separa abiertamente de esta doctrina la más reciente Resolución de la DGRN de 30 de mayo de 2013, que entiende que “frente a lo que algunos presuponen, la sentencia declarativa de nulidad no produce de manera automática u ope legis una especie de radical restituto *in integrum* societaria o automático regreso al estado de cosas anterior al acuerdo anulado ni tan siquiera a efectos internos”.

32. PAZ-ARES, C. “La sociedad (...)”. *Op. cit.*, p. 518; en el mismo sentido, DE EIZAGUIRRE, Derecho (...), *Op. cit.*, p.121.

33. Como el Derecho italiano, en el que la tutela resarcitoria se prevé expresamente para determinados acuerdos como los de fusión, escisión o transformación, y para los acuerdos de aumento o reducción de capital y de emisión de obligaciones de las sociedades que se financian en los mercados de capitales; al respecto, v. ENRIQUES, E. y ZORZI, A. “Spunti in tema di rimedi risarcitori contro l’invalidità delle deliberazioni assembleari”. *Riv. Dir. Comm.*, 2006, p. 1 y ss.

VIII. LA NULIDAD COMO CATEGORÍA ESPECIAL

El singular tratamiento dispensado por el legislador a los vicios e irregularidades que pueden afectar a la vida de las sociedades (incluyendo algunos tan esenciales como los relativos al propio contrato o negocio constitutivo de éstas) evidencian que en el ordenamiento societario la nulidad alude a una "particular disciplina normativa"³⁴ que se integra con estos remedios específicos, y no tanto a una categoría previa y dogmática trasplantada del Derecho general de los contratos. Es más, si el legislador continúa pese a todo sirviéndose del término de *nulidad* para referirse a estos regímenes especiales (en materia de causas de impugnación, de constitución de la sociedad, de modificaciones estructurales, etc.), que es algo que podría prestarse a confusión, es precisamente por la deliberada voluntad de excluir la aplicación de las reglas tradicionales del Derecho de los contratos, evitando que la nulidad pueda aplicarse o extenderse a vicios o anomalías distintos de los expresamente previstos y con unas consecuencias más drásticas y severas³⁵.

Se trata de una especialidad del significado de la nulidad que tampoco es exclusiva del Derecho de sociedades, al verificarse por igual en otros sectores jurídicos en los que el legislador aborda las posibles irregularidades con un régimen distinto al de la tradicional ineficacia, como sería el caso –entre otros– del Derecho de familia o del Derecho público. En todos estos casos, lo habitual es que el ordenamiento reconozca eficacia jurídica a "supuestos gravemente viciados e irregulares"³⁶, por la ineludible exigencia de anteponer elementales consideraciones de

certeza y seguridad jurídica. De esta forma, la consolidación o preservación de los efectos producidos en la realidad social por un contrato ineficaz puede obedecer –se ha destacado– "a razones de protección de intereses que se juzgan legítimos", como "medida de protección de la confianza creada en personas que de buena fe han creído en la eficacia del contrato aparente, bien sean las mismas partes del negocio o algunas de ellas o bien sean terceras personas"³⁷.

Y como es fácilmente entendible, este peculiar significado estructural de la nulidad en el ámbito societario no puede dejar de determinar y condicionar los efectos de la declaración de nulidad de los acuerdos sociales por las sentencias estimatorias de acciones de impugnación.

IX. LOS EFECTOS FRENTE A TERCEROS

Con carácter general, la validez jurídica de los efectos producidos por los acuerdos sociales que sean objeto de una declaración judicial de nulidad ha sido plenamente reconocida en el ámbito de las relaciones de la sociedad con los terceros.

Así lo proclamaba de modo expreso el artículo 122.1 de la antigua LSA de 1989, antes de su derogación por la LEC, al disponer que "la sentencia que estime la acción de impugnación (...) no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado"³⁸. Y la misma regla de protección de los terceros fue afirmada por la doctrina bajo la LSA de 1951 en relación con todos los acuerdos y, en particular, con los nulos, que por entonces se correspondían –según vimos– con la categoría tradicional de la nulidad absoluta o de pleno derecho. En concreto, se entendió

34. Como destacan JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A. *Op.cit.*, p. 28.

35. *Op.cit.*, pp. 28-29.

36. En los términos de E. BETTI, *Op.cit.*, p. 409.

37. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos (...)*, *Op. cit.*, pp. 572-573.

38. Una regla similar se contiene en el artículo 2377 del *Codice civile italiano*, que dispone en relación con la anulación de los acuerdos que "en todo caso quedan a salvo los derechos adquiridos de buena fe por los terceros con base en actos realizados en ejecución del acuerdo".

que la oponibilidad *erga omnes* de la nulidad "debe sufrir una excepción cuando se trate de acuerdos de las juntas generales en relación con los terceros de buena fe", considerando "la tendencia de la ley hacia una mayor protección de los intereses de los terceros que hayan contratado con la sociedad"³⁹.

Pese a la ausencia de cualquier precepto similar en la vigente normativa societaria, parece incuestionable que la eventual declaración de nulidad de un acuerdo ha de carecer de efectos sobre los actos y contratos que la sociedad haya celebrado al amparo o en ejecución del mismo con terceros de buena fe, de tal modo que la situación jurídica de éstos no puede verse dañada ni menoscabada aunque se fundamente de forma directa o indirecta en el acuerdo anulado. Se trata de un principio que merece un acuerdo prácticamente unánime⁴⁰ y que debe afirmarse en términos absolutos e inderogables, sin otra excepción que los supuestos de actuación fraudulenta o de mala fe.

El legislador societario, cuando se ocupa de las consecuencias de determinados vicios o irregularidades, se cuida siempre –lo hemos visto– de proteger incondicionalmente a los terceros que resulten afectados por el acto anulado, con el fin de preservar la seguridad del tráfico y de no comprometer negativamente las posibilidades de actuación externa de las sociedades. El mis-

mo principio viene consagrado en el Derecho comunitario, en relación concretamente con los actos y contratos celebrados por los administradores cuyo nombramiento sea posteriormente anulado. La Directiva 2009/101/CE⁴¹, que codifica la Primera Directiva CEE en materia de sociedades, declara que "el cumplimiento de las formalidades de publicidad relativas a las personas que, en calidad de órgano, tengan el poder de obligar a la sociedad, hará que cualquier irregularidad en su nombramiento no pueda oponerse a terceros a menos que la sociedad demuestre que estos terceros ya tenían conocimiento de la misma" (artículo 9). Aunque no haya sido objeto de trasposición expresa, esta regla disfruta de una indudable vigencia en nuestro ordenamiento, siquiera sea por el valor interpretativo del que disfrutaban las Directivas⁴². La misma se colige además sin dificultad de los principios generales de nuestro Derecho societario en relación con las facultades de representación de los administradores (artículo 234 LSC), de los que resulta sin duda que la nulidad de su nombramiento no puede extenderse a los actos de gestión y de representación realizados ni es una circunstancia, pues, susceptible de ser opuesta a los terceros de buena fe que contraten con la sociedad⁴³.

Aunque no siempre con la debida articulación, pero también los tribunales han solido adherirse a este principio. Este es el caso de la SAP de Se-

39. GARRIGUES, J. y URÍA, R. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*. Tomo I, Tercera Edición., Madrid: 1976, p. 770.

40. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, V.D. *Impugnación de acuerdos de las juntas de accionistas*. Pamplona: 1992, pp. 260 y ss., con amplias referencias.

41. Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros.

42. Se ha entendido así que la falta de trasposición de esta previsión se explicaría porque el legislador español no se habría sentido obligado a ello, por tratarse de una regla plenamente vigente en nuestro ordenamiento: J. MASSAGUER, "Algunas consideraciones acerca de los efectos de la anotación preventiva de una demanda de impugnación de acuerdos sociales", *RCDI*, N° 638, 1997, p.112.

43. En este sentido, v. URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J. "La sociedad anónima: órganos (...)" *Op. cit.*, p. 950 ["...al objeto de garantizar que la impugnación de un acuerdo no afecte al normal desenvolvimiento de la sociedad en el tráfico y a sus relaciones con terceros, debe tutelarse a éstos en razón al estado de confianza que despierta el acuerdo cuando no revela externamente el vicio de que adolece, es decir, en razón a la apariencia jurídica de acuerdo válido (piénsese, por ej., en el tercero que contrata con un administrador, debidamente inscrito en el Registro Mercantil, pero cuyo nombramiento es posteriormente anulado)"].

villa de 17 de octubre de 1995 que, tras declarar la nulidad del acuerdo de nombramiento de un administrador único, rechaza la nulidad de varios actos de disposición realizados por éste; y es que "no puede decretarse como el Juez *a quo* ha hecho la nulidad con carácter general de todos los actos de disposición, pues habrá de pedirse y obtenerse tal declaración concreta de nulidad, demandando caso a caso la nulidad de cada acto, actuando pues la sentencia estimatoria de la acción de impugnación como prueba documental preconstituida a favor del tercero accionante que pretenda la declaración de nulidad de los actos sociales que le afecten. No siendo pues jurídicamente posible decretar la nulidad de los actos de disposición, de modo general y para todos los casos, como el juez ha hecho (...)"⁴⁴. Este principio ha sido afirmado por igual en otros países de tradición jurídica próxima a la nuestra⁴⁵.

Pero el mismo criterio ha de operar por idénticos motivos en relación con cualquier otro acto o acuerdo societario, aunque sea ajeno a la actividad de gestión y representación desplegada por los administradores, del que se deriven derechos para los terceros. La protección de éstos frente a las consecuencias jurídicas de cualquier irregularidad que pueda haber afectado a la formación o contenido de la voluntad social tiene carácter absoluto, en el sentido de imponerse en todo caso y sin consideración a la concreta naturaleza del acto o negocio de que

se trate. Así lo entiende la opinión dominante, en el sentido de que la declaración de nulidad de un acuerdo social no comporta la ineficacia de los actos de ejecución de ese acuerdo realizados frente a terceros de buena fe, "concepto que incluye a quienes no tuvieran la condición de socios ni de administradores en el momento de la adopción del acuerdo aunque la hubieran adquirido durante la tramitación del proceso de impugnación"⁴⁶, como sería el caso en particular de quienes hubieran suscrito acciones o participaciones en un aumento de capital posteriormente anulado. El mismo criterio ha sido acogido recientemente por la DGRN, que no ha dudado en vincular la tutela de la posición de los terceros de buena fe con el valor constitucional de la seguridad jurídica⁴⁶.

Además, siendo la protección de los derechos de los terceros una regla material o sustantiva basada en la protección del tráfico y en la necesidad de garantizar el normal desenvolvimiento de la sociedad en su actuación externa, resulta forzoso entender que la misma ni siquiera puede verse comprometida por la eventual anotación preventiva de la demanda de impugnación en el Registro Mercantil (artículo 727.5ª LEC). A pesar del criterio opuesto apuntado en ocasiones por la DGRN, dicha anotación carece de entidad para debilitar tan gravemente la posición jurídica de quienes se relacionen con la sociedad al amparo de algún acuerdo que termine siendo anulado, considerando que dicha protección no

44. Como en Francia, donde la Corte de Casación negó mediante sentencia de 27 de enero de 2009 que la anulación del nombramiento del presidente de una sociedad anónima determine automáticamente la nulidad de los actos, contratos y declaraciones por él celebrados o firmados, por la necesidad de valorarlos caso por caso; al respecto, v. CHARVÉRIAT, A. "De quelques difficultés relatives à la nullité d' une décision sociale irrégulière", *Revue des sociétés*, 2010, N° 4, p. 218.

45. ROJO, A. "Sentencia estimatoria de la impugnación (artículo 208)", en AA.VV. (directores ROJO, A. y BELTRÁN, E.), *Comentario (...)*. *Op. cit.*, p. 1474. En el mismo sentido, v. también JIMÉNEZ DE PARGA, R. "La impugnación de los acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima", en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al prof. M. Braseta Pont*, Tomo II, Valencia: 1995, p.1823, destacando que «la tutela de los terceros es otro de los principios medulares del sistema de impugnación. La Ley ha querido proteger los derechos adquiridos de buena fe que traigan su causa en el acuerdo y/o acuerdos impugnados (...). La protección del tercero alcanza tanto si se trata de acuerdos nulos como si se trata de acuerdos anulables».

46. Resolución de 18 de mayo de 2013, que deniega la cancelación de la inscripción de un aumento de capital posterior a otro declarado nulo, entre otras razones porque la posición jurídica de los terceros acreedores de la sociedad se vería "menoscabada si se entendiere que la cancelación de los aumentos de capital produce una rebaja ex lege de la cifra de retención (...)", seguida a este respecto por la Resolución de 30 de mayo de 2013.

descansa en la simple apariencia registral y que lo contrario supondría condenar a las sociedades a la más absoluta parálisis e inactividad⁴⁷. En el Derecho Español, la eficacia vinculante de la actuación desplegada por los administradores y la consiguiente protección de los terceros que contraten con la sociedad prevalece incluso sobre la propia realidad registral (artículo 234 LSC). Así lo ha entendido también la STS de 26 de septiembre de 2002, que mantiene la validez del contrato suscrito por un administrador contra cuyo nombramiento se dirigió una acción de impugnación que fue objeto de anotación preventiva, pues “si el contrato se declara válido, por estar facultado para su conclusión en su fecha el administrador de la sociedad demandada, no puede limitarse su vigencia al cese del último, pues frente a terceros la sociedad que representaba queda obligada en todos sus extremos”.

En definitiva, la declaración judicial de nulidad de cualquier acuerdo social carece por principio de efecto alguno sobre los terceros que hayan adquirido derechos o contraído obligaciones frente a la sociedad, ya sea en ejecución directa de aquél o a través de actos o negocios que se deriven del mismo de forma mediata e indirecta, como sería el caso –típicamente– de los actos de gestión y representación realizados por un administrador cuyo nombramiento es posteriormente anulado. Así lo exige el principio de seguridad del tráfico y de inoponibilidad de la nulidad frente a los terceros que se relacionan con la sociedad, que el legislador societario impone en términos absolutos.

En su caso, la eventual nulidad de cualquiera de estas transacciones u operaciones debería instarse a través de un procedimiento específico. Y la nulidad habría de fundamentarse además, no en el vicio o irregularidad que pueda haber afectado a la designación de los administradores, sino en la contravención por el acto en cuestión de cualquier otra norma o principio de carácter imperativo.

X. LOS EFECTOS INTERNOS

A diferencia de los terceros, los efectos de la declaración de nulidad del acuerdo en relación a los socios es una cuestión que tradicionalmente ha solido presentarse de forma más incierta y controvertida.

Así ha ocurrido en parte por la proclamación del antiguo artículo 122.1 LSA, que recoge ahora el artículo 222.3.III de la LEC, en el sentido de que “las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos sociales afectarán a *todos los socios*, aunque no hubieren litigado”. Pero sucede que esta regla –como vimos– no es más que una concreción o excepción del principio de cosa juzgada material, destinada a garantizar que las sentencias sobre impugnación de acuerdos afecten a todos los socios y no sólo –como en principio resultaría de aquél– a los que hubieren litigado. De ahí que el legislador no prejuzgue en ningún caso los términos sustantivos en que debe producirse esta “afectación” ni, en particular, las concretas sanciones o consecuencias jurídicas que han de derivarse de la declaración de nulidad de un acuerdo.

Aun así, por las distintas razones que se han ido apuntando, debería advertirse ya que estas consecuencias no pueden consistir en ningún caso en las asociadas a la tradicional invalidez o ineficacia de los contratos. La nulidad de los acuerdos sociales debe regirse en cuanto a sus efectos por las reglas propias del Derecho de sociedades y, más en particular, por el significado que éste atribuye a la *nulidad* en relación con los vicios e irregularidades que afecten al propio contrato de sociedad, del que aquéllos no dejan de ser una simple concreción o desarrollo. Al margen de otras consideraciones, resulta una inconsistencia inasumible que el legislador societario aborde la nulidad de la sociedad –de su negocio constitutivo– como una causa de disolución, carente de todo efecto retroactivo sobre el conjunto de relaciones entabladas en

47. Así, MASSAGUER, J. “Algunas consideraciones (...)”, Op. cit., pp. 99 y ss.; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J. “La sociedad anónima: órganos (...)”, Op. cit., p. 951.

el ejercicio de su actividad (con terceros, pero también con socios y administradores), y que al propio tiempo la nulidad de un simple acuerdo social pueda concebirse al modo de una nulidad radical y *erga omnes*, que se propagaría además en cadena y de forma indefinida a todos los actos y acuerdos que de forma directa o indirecta emanen de aquél. La misma incongruencia se manifiesta en relación con el propio régimen de impugnación de los acuerdos sociales, considerando que éste reviste a la nulidad de un carácter fugaz y claudicante al imponer la convalidación jurídica de los acuerdos nulos o *contra legem* que no sean impugnados en el plazo de un año.

Desde esta perspectiva, que la sentencia estimatoria de una acción de impugnación deba "afectar" a todos los socios no implica que los actos de ejecución del acuerdo anulado o de cualquier forma derivados de éste hayan de reputarse nulos de pleno derecho, en el sentido de tenerse por inexistentes y de verse privados retroactivamente de cualquier efecto o consecuencia.

Con carácter general, la equiparación refleja entre nulidad e inexistencia o invalidez absoluta denota un equívoco conceptual, basado en un simple prejuicio dogmático. En el campo específico del Derecho societario, además, esa asociación pugna con el explícito afán del legislador de desterrar las reglas tradicionales de los contratos en favor de sanciones menos graves y disruptivas, carentes de eficacia retroactiva y que sólo exigen de la sociedad la adopción de ciertas actuaciones correctoras. Y se suma a ello que la inexistencia o invalidez, aunque pretenda anudarse taumatúrgicamente al pronunciamiento de nulidad de un acuerdo, resulta una entelequia cuando se trata de actos ya ejecutados que han producido una multiplicidad de efectos y de relaciones tanto en el orden interno como en el externo, que a su vez –siendo las sociedades organismos vivos– se proyectan sobre otros muchos actos posteriores que en conjunto

van tejiendo e imbricando una situación jurídica que con el tiempo se hace insoluble (piénsese en un aumento de capital, en el que las nuevas acciones reciben dividendos, participan en juntas generales y en la adopción de acuerdos, son objeto de transmisión, ejercitan el derecho de preferencia en aumentos posteriores, etc.). La situación generada por la actuación de la sociedad no sólo es imposible de ignorar de manera sobrevenida, como si el acuerdo nunca se hubiera adoptado, sino que incluso merece una protección jurídica absoluta e incondicional del legislador societario en supuestos cualitativamente más graves.

Estos principios evidencian que la nulidad de los acuerdos sociales tampoco puede configurarse al modo de una nulidad parcial o relativa que, sin afectar a las relaciones entabladas por la sociedad con terceros de buena fe, recaería exclusivamente sobre los accionistas, quienes por el contrario estarían condenados a padecer las consecuencias más extremas de la nulidad radical y de pleno derecho.

Al margen de lo ya indicado, y de las propias dificultades para deslindar con precisión las relaciones jurídicas externas e internas de una sociedad⁴⁸, es posible –y nada extraño– que un acuerdo societario afecte tanto a accionistas como a terceros. Y se hace difícil aceptar que un mismo acto pueda sancionarse con la nulidad radical en relación con un grupo de sujetos (los socios) y al tiempo desplegar una eficacia plena en relación con otros (los terceros). La aplicación de dos remedios distintos –y tan extremos– en función de las condiciones subjetivas de los sujetos afectados resulta arbitraria e injustificada, al no haber ningún motivo jurídico por el que los accionistas deban soportar en exclusiva las consecuencias de una infracción legal cometida, no por ellos, sino por la sociedad en la que participan. Y es también una solución artificiosa, que por lo general equivaldrá a trastocar gravemente las circunstancias o presupuestos del acuerdo anulado y a subvertir la voluntad social

48. Al respecto, v. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*. Tomo I, Madrid: 1976, pp. 272 y ss.

que motivó su aprobación, obligando a la sociedad a estar y pasar por un "acuerdo" distinto al pretendido (piénsese en el tradicional ejemplo del aumento de capital, en el que se anulase la parte suscrita por quienes ya eran socios pero no por los terceros que pasaron así a serlo).

Existen también numerosos actos de gestión o representación que una sociedad puede realizar indistintamente con terceros o con sus socios (un contrato, un préstamo, una venta de acciones, etc.) y en los que éstos, de participar, no lo harían propiamente en su condición de tales. Y no parece, nuevamente, que la sanción jurídica aplicable pueda hacerse depender de una circunstancia puramente accesoria y circunstancial, como sería la identidad con que actúa quien se relacione con la sociedad.

Así puede inferirse también de la propia normativa societaria, que excluye la sanción de nulidad en relación con distintos actos *contra legem* realizados por la sociedad con sus accionistas, bajo el siempre recurrente propósito de preservar la seguridad jurídica y de no comprometer la actuación regular de aquélla. Este es el caso –como vimos– de las adquisiciones de acciones propias con infracción del régimen legal, que en el orden civil sólo se sancionan por regla exigiendo que la sociedad proceda a su enajenación (artículo 147 LSC), o de los dividendos repartidos irregularmente, que los accionistas sólo están obligados a restituir cuando la sociedad pruebe que conocían la irregularidad de la distribución o que no podían ignorarla (artículo 278 LSC).

Por último, siempre que el legislador establece un régimen específico de nulidad en relación

con ciertos actos u operaciones societarias, como en el caso del negocio constitutivo o de las modificaciones estructurales, se encarga también –lo hemos visto– de proclamar la plena validez jurídica de todas las relaciones jurídicas entabladas por la sociedad, sin distinguir ni discriminar entre las externas y las internas. Si así sucede incluso en caso de "incapacidad de todos los socios fundadores" o de tener la sociedad un objeto social "ilícito o contrario al orden público" (artículo 56 LSC), por citar algunos supuestos legales, resulta forzoso extender el mismo criterio a la nulidad de un simple acuerdo social, en atención a un elemental criterio de congruencia y equilibrio normativo. La preservación de los efectos generados por el acuerdo se fundamenta, no tanto en la mera apariencia y confianza generada por éste frente a quienes –socios o terceros– se relacionan con la sociedad, sino en la efectiva existencia del mismo dentro de la realidad del tráfico y en la consiguiente imposibilidad –como ha sido destacado en relación con la sociedad de hecho– de "juzgar separadamente el orden interno y el orden externo, puesto que los desajustes que se producen quiebran la razonabilidad de cualquier solución"⁴⁹.

Aunque de forma aislada, estos principios han encontrado también el refrendo de alguna jurisprudencia, que niega la propagación automática de la nulidad a los actos posteriores y que enfatiza la necesidad insoslayable de preservar los derechos adquiridos tanto por socios como por terceros, sin distinción alguna⁵⁰. Y más contundente ha sido últimamente la DGRN, que no ha dudado en vincular con el principio constitucional de seguridad jurídica la

49. PAZ-ARES, C., "La sociedad (...)". *Op. cit.*, p. 519.

50. Como la SAP de Madrid de 14 de febrero de 2008, a tenor de la cual "que un acuerdo social resulte declarado nulo frente a todos desde el mismo momento en que se adoptó como consecuencia de una sentencia estimatoria de una acción impugnatoria no significa que también lo pasen a ser automáticamente todos y cada uno de los efectos desplegados por los actos de ejecución del acuerdo llevados a cabo antes de la sentencia, debiendo ser respetados los posibles derechos adquiridos por socios o por terceros de buena fe que obraron fiados de la apariencia jurídica creada por los acuerdos impugnados. Es por ello que el pedimento [de declaración de nulidad de los acuerdos sociales y de las actuaciones del consejo de administración que traigan causa de los acuerdos impugnados o sean posteriores a éstos] no puede ser atendido en los indiscriminados términos en que se formula. Tal petición se ha planteado con un carácter tan genérico e indeterminado que resulta dudosamente compatible con las exigencias

protección de los adquirentes o subadquirentes de acciones y participaciones de un aumento de capital posterior a otro declarado nulo⁵¹.

XI. LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DEL ACUERDO

Que el efecto natural de las sentencias estimatorias de las acciones de impugnación no puede ser la nulidad radical y absoluta de los actos realizados en ejecución del acuerdo es algo que también se advierte considerando las medidas cautelares específicamente predispuestas por el ordenamiento para estos procedimientos.

En concreto, al ejercitar la acción el demandante puede solicitar la suspensión de los acuerdos sociales impugnados, siempre que sea titular del 1% o del 5% del capital social según que la

sociedad demandada sea o no cotizada (artículo 727.10^a LEC)⁵². Como cualquier otra medida cautelar, la concesión de la medida de suspensión exige –entre otras condiciones– que la eventual sentencia estimatoria “no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente” (artículo 726.1.1^a LEC). Y ello denota que la privación de cualquier eficacia jurídica a los acuerdos sociales impugnados es un efecto ineludiblemente asociado a la previa suspensión cautelar de los mismos, que por el contrario no puede pretender aplicarse de forma retroactiva una vez que en su caso se estime la demanda de impugnación. De no acordarse la suspensión cautelar del acuerdo, la situación jurídica por él generada durante la pendencia del proceso no podrá ser desconocida y deberá restablecerse, en consecuencia, a través de remedios alternativos⁵³.

del principio de seguridad jurídica y no se atiene a los efectos que para la sentencia en materia de impugnación de acuerdos sociales prevé el artículo 122 del TD de la LSA ni a los que razonablemente pudieran deducirse de él. Es por ello que la demanda no será acogida en este punto, sin perjuicio de que el demandante pueda plantear la extensión de los efectos de la nulidad de los acuerdos allí donde y ante quien correspondan según el trato individualizado y correspondientes consecuencias legales que merezca cada caso”. Algunas manifestaciones específicas de esta doctrina pueden encontrarse en otros ámbitos, como en la jurisprudencia que niega que la convocatoria defectuosa de una junta general tenga que determinar irremediabilmente su nulidad. Sería este el caso de la STS de 5 de julio de 2007, que niega la nulidad de una junta general convocada por un administrador que había dimitido y por otro que se hizo cargo de facto de la presidencia del consejo, entre otras razones por “la protección de terceros de buena fe” y porque “la nulidad pretendida introduciría una perturbación en la situación jurídica de la sociedad”; de la STS de 9 de diciembre de 2010, que niega la nulidad de una junta general convocada por un consejo en el que la mitad de sus miembros tenían el cargo caducado, “en aras al principio de conservación de la empresa y estabilidad de la sociedad y de los mercados (...)”, pues “la nulidad pretendida introduciría una perturbación en la situación jurídica de la sociedad”; o de la STS de 23 de febrero de 2012, que niega también la nulidad de una junta convocada por un administrador cuyo nombramiento fue anulado, considerando “los principios de conservación de la empresa y de estabilidad de los mercados” así como “la finalidad de evitar la paralización de los órganos sociales”.

51. Resoluciones de 18 de mayo de 2013, que considera incompatible con el referido principio “que se sigan de la sentencia estimatoria de la nulidad de un acuerdo de aumento de capital efectos devastadores de la posición de socios de buena fe en su condición de adquirentes o subadquirentes, sobre todo tratándose de los suscriptores de acciones o participaciones emitidas en los aumentos de capital posteriores al declarado nulo”, y de 30 de mayo de 2013, que declara también que los “nuevos socios”, entendiéndose por tales a los suscriptores y adquirentes de acciones y participaciones, “tienen derecho a ser mantenidos en su posición jurídica”.
52. Sobre la suspensión cautelar de los acuerdos, v. últimamente SUSO VIDAL, J.M. “La suspensión ante demanda de acuerdos sociales”. En: AA.VV. *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del Prof. A. Sánchez Andrés*. Madrid: 2010, p. 495 y ss., con amplias referencias.
53. En este sentido, v. la ya referida STS de 23 de febrero de 2012, que reconoce la validez de la convocatoria de una junta general realizada por un administrador cuyo nombramiento había sido anulado por sentencia no firme, “ya que, al no haberse adoptado judicialmente la medida cautelar de suspensión –al extremo de que incluso resultaría irrelevante la anotación de demanda– y no haber ganado firmeza la anulación, no existe contradicción alguna entre la posterior declaración de nulidad y el acuerdo adoptado en junta convocada mientras su cargo estaba vigente (...)”.

XII. LA OBLIGACIÓN DE RESTABLECIMIENTO DE LA SITUACIÓN QUEBRANTADA

De lo hasta ahora afirmado se infiere que jurídicamente no cabe atribuir a la sentencia que estime la acción de impugnación y que declare la nulidad de un acuerdo societario unos efectos declarativos *ex tunc*⁵⁴, en el sentido de privar a éste, y a todos los actos o acuerdos que de él deriven, de cualquier eficacia jurídica, como es propio de la nulidad radical o *ipso iure*.

La nulidad como categoría dogmática es extraña al ordenamiento societario, no sólo porque éste se sostenga sobre principios de política jurídica radicalmente distintos. Es que además, los efectos característicos de la nulidad, consistentes en la restitución de las prestaciones realizadas como forma de restablecer la situación jurídica de partida, son generalmente inviables –lo hemos visto– en relación con un contrato asociativo e institucional como el de sociedad, que da vida a un ente personificado que genera sus propias relaciones internas y con terceros. El intercambio de las prestaciones realizadas sobre la base de una obligación nula es una medida que no sólo se revela inadecuada en el ámbito societario, por los insoportables problemas de inseguridad jurídica que comporta, sino que en la mayoría de las ocasiones resulta derechamente inaplicable. En estos casos, las “prestaciones” de las partes no suelen tener un carácter material ni se agotan una vez ejecutadas. Por el contrario, contribuyen de ordinario a crear y modular complejas situaciones jurídicas que afectan a la propia identidad y actuación de la sociedad en el tráfico, que como tales no pueden ser ignoradas o desconocidas –siquiera en el orden fáctico y material– de forma retroactiva⁵⁵.

Todo ello confirma que lo único a lo que puede obligar la sentencia estimatoria de una acción de impugnación es a recuperar la situación jurídica quebrantada por la infracción legal, por la vía de deshacer y neutralizar a través de los oportunos cauces y procedimientos societarios las consecuencias derivadas del acuerdo viciado. Cuando se trate de acuerdos “simples”, cuyos efectos se agoten con su ejecución, la sociedad podrá sin más tenerlos por inexistentes, adoptando en su caso las actuaciones necesarias para regularizar la situación en el orden formal. Pero cuando se trate de acuerdos “complejos”, que produzcan efectos prolongados en el tiempo y que incidan directa o indirectamente sobre la situación jurídica de socios o terceros (el nombramiento de un administrador, un aumento o reducción de capital, etc.), la nulidad no puede llevar a ignorar el entramado de relaciones generado o a decretar de forma dogmática su invalidez o inexistencia. En estos casos, el efecto corriente y natural de las sentencias estimatorias será el de condenar a la sociedad a restablecer la situación jurídica que se vio alterada por el acuerdo anulado. Y este efecto deberá lograrse sin eludir ni rehuir las consecuencias jurídicas que hayan podido consumarse en ejecución del acuerdo, sino simplemente adoptando los actos y operaciones societarios de signo inverso que resulten precisos a tal fin.

Así, en el orden puramente interno, la restauración de la situación jurídica que se vio indebidamente vulnerada o alterada por los acuerdos anulados exigirá que la sociedad –a iniciativa en particular de sus administradores– promueva y adopte todas las medidas necesarias⁵⁶, incluyendo en su caso la aproba-

54. Un apunte en este sentido en ALCALÁ DÍAZ, M.A. *La impugnación (...)*. *Op. cit.*, pp. 468-469.

55. Así ha sido destacado en relación con los problemas de nulidad de la sociedad. Como afirma FLUME (*El negocio (...)*, *Op. cit.*, p. 652), “la regulación del enriquecimiento injustificado es en general justa para el caso de intercambio de prestaciones materiales con base en un contrato obligatorio nulo. Sin embargo, se ha mostrado inadecuada para el caso de ejecución de un contrato de sociedad nulo (...). En realidad (...), el negocio jurídico nulo no es algo que no existe jurídicamente, sino que la nulidad sólo es la no vigencia en consideración a la causa de nulidad. De esta tesis se deriva la limitación de la nulidad, en la medida en que ésta sea contraria al sentido del no reconocimiento de la reglamentación negocial por el ordenamiento jurídico”.

56. Un apunte en ALCALÁ DÍAZ, M.A. *La impugnación (...)*. *Op. cit.*, pp. 468-469, quien defiende la “obligación de los administradores de realizar todas aquellas medidas tendentes a hacer cumplir los términos de la sentencia

ción de los acuerdos que sean exigibles para revertir los efectos producidos por aquéllos (reducciones de capital, modificación de estatutos, designación de nuevos consejeros, etc.). Aunque estas actuaciones dependerán lógicamente del concreto acuerdo de que se trate y de su grado de cumplimiento, en términos generales cabe entender que la sociedad deberá hacer lo necesario para dejarlo sin efecto o, eventualmente, sustituirlo por un acuerdo distinto, que eluda o evite el vicio o irregularidad apreciado por los tribunales. Éstas son, de hecho, las medidas de convalidación o de subsanación que prevé la propia LSC a los efectos de evitar la posible impugnación de los acuerdos sociales (artículos 204.3), bajo el persistente propósito de dotar a éstos de la mayor certidumbre en cuanto a su vigencia y eficacia⁵⁷. Y de ahí que estas medidas sean también las que por regla habrá de adoptar la sociedad cuando se declare la nulidad de un acuerdo social, al objeto de restaurar la situación jurídica anterior. Si el ordenamiento contempla expresamente estos posibles acuerdos de convalidación o subsanación con el fin de limitar de forma preventiva las posibilidades de impugnación y de salvaguardar así la estabilidad de las relaciones societarias, no existe razón alguna para aplicar principios distintos y para sacrificar estos mismos bienes jurídicos en los supuestos en que la acción de impugnación termine siendo estimada.

Al margen de que así lo imponen las reglas y principios que han quedado expuestos, esta solución es también la única que desde una perspectiva formal permite garantizar que las sentencias estimatorias puedan ejecutarse preservando el debido tracto o continuidad jurídica de las actuaciones de la sociedad y sin lesionar innecesariamente, por simples cuestiones dogmáticas, los intereses de socios y terceros⁵⁸. Se trata de una solución que ha encontrado algún eco esporádico en la jurisprudencia. Aunque numerosas sentencias, inducidas sin duda por el carácter ambivalente de la nulidad y por la tendencia refleja a asociarla con el tradicional régimen de la invalidez negocial, no duden en asociar nulidades absolutas y en cadena a los pronunciamientos de nulidad de un acuerdo, existen otras que se decantan por principios coincidentes con los que han quedado sentados. Cabría aludir en este sentido a la ya referida STS de 10 de octubre de 2002, que, tras declarar la nulidad de las aportaciones realizadas por un socio, y amparándose en el singular régimen de "nulidad de la sociedad" previsto en la normativa societaria, concluye que "incumbe a los administradores de ésta bajo su responsabilidad adoptar todas las medidas precisas, a iniciativa propia o de los accionistas, para regularizar la situación, bien de un modo que permita la continuidad la sociedad, bien con vistas a su disolución"⁵⁹. Y más explícita ha sido la DGRN, que recientemente ha enfatizado la necesidad

judicial, como establece expresamente el artículo 2.377 CC italiano".

57. Por todos, DE CASTRO, J.L. "La reafirmación de la voluntad social (delimitación del supuesto de hecho del artículo 115.3 LSA)". En: AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. A. Menéndez*. Tomo I, Madrid: 1996, p. 1599, así como la STS de 18 de octubre de 2012, que relaciona esta previsión con la necesidad de garantizar la "inatacabilidad" de los acuerdos como consecuencia de "la grave distorsión que en la vida de las sociedades mercantiles puede provocar la declaración de nulidad de los acuerdos adoptados por sus órganos sociales". Recientemente, y con ulteriores referencias, puede consultarse BONARDELL LENZANO, R. "Aproximación al régimen jurídico de la subsanación de acuerdos sociales". En: AA.VV. *Orientaciones actuales del Derecho mercantil (IV Foro de magistrados y profesores de Derecho mercantil)*. Madrid, 2013, p. 93 y ss.
58. Como ha afirmado CARRASCO PERERA, "Contra la nulidad (...)", *Op. cit.*, p. 352, "no procede la sanción de nulidad del contrato cuando su declaración produciría muy probablemente incentivos oportunistas, si el efecto de nulidad sobrepasa la necesidad de tutela del interés protegido por la prohibición, y aquella puede ser defendida mediante remedios menos agresivos".
59. Afirmaciones similares se contienen en la SAP de Granada de 11 de noviembre de 2005 que, con cita de la anterior STS de 10 de octubre de 2002, entiende igualmente que, una vez declarada la nulidad de unas aportaciones sociales, "le incumbe a los administradores, bajo su responsabilidad, adoptar las medidas precisas para regularizar la situación (...)".

de la sociedad de adoptar los acuerdos adecuados para regularizar su situación y adecuarla a lo previsto en el contenido de la sentencia⁶⁰.

Además, el fundamento de este criterio se advierte también considerando las inasumibles consecuencias jurídicas que arroja la interpretación contraria. Un ejemplo paradigmático puede encontrarse en la ya aludida SAP de Málaga de 5 de mayo de 2006. Al decretar la nulidad de una junta general del año 1989 en la que se nombró a un nuevo administrador único, así como de todas las juntas posteriores –por proceder todas de una primera convocatoria realizada por un administrador irregularmente designado– y de los acuerdos en ellas adoptados, la sentencia no duda en declarar ni más ni menos que la nulidad de todos los actos realizados por la sociedad en un plazo superior a 20 años⁶¹. Si se hubiera decretado la nulidad de la propia sociedad, la sentencia habría obligado a ésta a liquidarse, sin poner en cuestión ninguna de las relaciones internas y externas por ella concertadas. No es posible, pues, que la invalidez radical de todas estas relaciones pueda asociarse a un supuesto cualitativamente mucho menos grave, como sería la nulidad de un simple acuerdo social.

XIII. LOS ACUERDOS CONTRARIOS AL ORDEN PÚBLICO

Las reglas anteriores deben entenderse aplicables por igual a los pronunciamientos de nulidad de los “acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público” (artículo 205.1 LSC).

Como en estos casos la facultad de impugnación no queda temporalmente limitada por el plazo de caducidad de un año, la doctrina ha entendido en ocasiones que la categoría de los acuerdos contrarios al orden público sería una categoría distinta a las de los acuerdos nulos y de los acuerdos anulables, que se correspondería por ese carácter imprescriptible con la nulidad radical, absoluta y de pleno derecho⁶². Pero esta conclusión no puede compartirse.

Al permitir la impugnación tardía de los acuerdos contrarios al orden público, el legislador sólo pretende evitar que puedan adquirir firmeza y quedar convalidados por el transcurso del tiempo acuerdos sociales que atenten gravemente, por la forma en que fueron adoptados o por su contenido, contra algún principio básico e irrenunciable del ordenamiento jurídico. Se trata, simplemente, de una excepción al plazo de caducidad de un año que con carácter general rige para la impugnación de los acuerdos nulos, destinado a evitar que del transcurso de

60. Resolución de 30 de mayo de 2013, que declara que “los administradores deberán convocar a los socios a una junta que resuelva adoptar las medidas adecuadas para regularizar la situación en que se encuentra la sociedad y al objeto de adecuar su situación a lo previsto en el contenido de la sentencia recaída (...). Al tratarse de actos jurídicos debidos, los administradores son responsables tanto de adoptar las previsiones que convengan como de convocar la junta. En caso de que la sociedad no adoptase los acuerdos oportunos, el interesado o el propio administrador podrán solicitar del juez la adopción forzosa de los correspondientes acuerdos sociales”.

61. Entre los que se incluyen numerosas operaciones de aumento y reducción de capital (en el año 1989 el capital era de 3 millones de pesetas y se dividía en 300 acciones, mientras que en 2006 ascendía a 360.000 euros y estaba formado por 6.000 acciones), cambios de accionistas (por adquisición y venta de acciones, por fallecimiento, etc.), modificaciones de estatutos, cambios de domicilio, etc. La historia de este caso y las complejas vicisitudes a que dio lugar la ejecución de la referida sentencia pueden encontrarse en la Resolución de la DGRN de 30 de mayo de 2013, anteriormente referida, que a pesar del tenor literal de la sentencia niega que la nulidad del acuerdo de nombramiento de un administrador permita “negar todo efecto a los acuerdos posteriores aun cuando éstos no sean dependientes o consecuencia de aquél inicialmente viciado ni estén afectados de una nulidad intrínseca”, y que reconoce la validez y corrección de los distintos acuerdos de regularización adoptados por la junta general de la sociedad afectada, revocando la calificación negativa del registrador mercantil.

62. Así, con distintas formulaciones, DE CASTRO, J.L. “La reafirmación (...)”. *Op. cit.*, p. 1607; BERCOVITZ, A. “Impugnación (...)”. *Op. cit.*, p. 293; MARTÍNEZ-CALCERRADA, L. “La junta general y la impugnación de sus acuerdos en la sociedad de responsabilidad limitada”. En: AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. A. Menéndez*. Tomo II, Madrid: 1996, p. 2108; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M. “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima (STS de 30 de mayo de 2007)”. *RdS*, Nº 30, 2008, p. 553.

aquél se beneficien acuerdos que contravengan algún principio o bien jurídico que se considere prevalente o de mayor rango jurídico en relación con los motivos de seguridad del tráfico y de certidumbre de las relaciones societarias que justifican dicha restricción temporal⁶³. Pero los efectos de una eventual sentencia estimatoria, como es obvio, son los mismos en todo caso, con independencia de que se trate de un acuerdo nulo ordinario o de un acuerdo que, por resultar contrario al orden público, haya sido impugnado una vez transcurrido el plazo general de caducidad. El legislador –lo hemos visto– puede regular y graduar a su antojo la reacción jurídica contra determinados vicios o irregularidades, en función de criterios funcionales y sin estar condicionado por categorías previas. Y así ocurre con los acuerdos contrarios al orden público, que no conforman una categoría específica y separada de acuerdos impugnables, sino una simple excepción al pla-

zo de caducidad de un año, que en nada afecta a los restantes elementos del régimen legal de impugnación de acuerdos. Así lo denota también el propio significado normativo del orden público en tanto que instrumento excepcional de naturaleza casuística y de aplicación exclusivamente judicial, que como tal no puede ser reducido de antemano –pues si no perdería su utilidad como válvula de escape del sistema– a una categoría cerrada con un contenido y unos límites predeterminados.

En consecuencia, afectando esta excepción solamente al plazo de impugnación pero no a las restantes notas que definen a la nulidad de los acuerdos, también en este caso la sentencia tendrá como efecto natural el de obligar a la sociedad a restablecer la situación jurídica que se vio indebidamente alterada por causa del acuerdo anulado, en los términos que han quedado expuestos.

63. En este orden de ideas, v. FARRANDO MIGUEL, "La excepción de orden público a la caducidad de la acción de impugnación de acuerdos sociales". En: AA.VV. *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. J.M. Muñoz Planas*. Madrid: 2011, p. 189 (el "reconocimiento de un plazo de caducidad para impugnar los acuerdos societarios nulos (...) incitó al legislador a salvar expresamente de esa nueva regla los supuestos más graves, más intolerables, de violación legal e imponiendo, por tanto, la no caducidad de la acción destinada a combatir los ataques a aquellos valores y principios ordenadores").