



Roj: STS 1066/2012  
Id Cendoj: 28079110012012100088  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1444/2007  
Nº de Resolución: 1000/2011  
Procedimiento: Casación  
Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Enero de dos mil doce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por MAQUINARIA INDUSTRIAL SAN RAFAEL S.A contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca el día veinticuatro de abril de dos mil siete en el en recurso de apelación 496/2006, dimanante del juicio ordinario 515/2003 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ibiza.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente MAQUINARIA INDUSTRIAL SAN RAFAEL S.A, representada por el Procurador de los Tribunales don ANTONIO SÁNCHEZ-JAÚREGUI ALCAIDE.

En calidad de parte recurrida han comparecido CARROCERÍAS IBIZA S.A, don Constantino y don Ezequiel , todos ellos representados por la Procuradora de los Tribunales doña ÁFRICA MARTÍN RICO.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO: LA DEMANDA

1. La Procuradora doña MARÍA VICTORIA MARTÍNEZ GARCÍA, en nombre y representación de MAQUINARIA INDUSTRIAL SAN RAFAEL S.L., interpuso demanda contra CARROCERÍAS IBIZA, S.A., don Constantino y don Ezequiel .

2. La demanda contiene el siguiente suplico:

*AL JUZGADO SUPLICO: Que teniendo por presentado este escrito, juntamente con sus documentos acompañados, y copia de todo ello, se sirva admitirlo, tenerme por personado y parte en la representación que ostento de la mercantil MAQUINARIA INDUSTRIAL SAN RAFAEL S.L. y FORMULADA DEMANDA CONTRA "CARROCERÍAS IBIZA, S.A.", Don Constantino y Don Ezequiel , a fin de que, previos los trámites legales del juicio ordinario, SE DICTE SENTENCIA POR LA QUE:*

*A) Se declare la NULIDAD ABSOLUTA Y RADICAL de la constitución de la Sociedad mercantil "CARROCERÍAS IBIZA, S.A.", por no respetar los Sres. Constantino y Ezequiel el desembolso mínimo legalmente establecido del capital social suscrito;*

*B) Consecuentemente con ello, se decrete al amparo de lo dispuesto en el Art. 35.1 TRLSA la liquidación de la citada mercantil, nombrándose al efecto el órgano de Liquidación de la Sociedad;*

*C) Se condene a la parte demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones;*

*D) Se libre mandamiento al Sr. Registrador Mercantil de Ibiza, a fin de que, de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 238 y ss. del RRM, proceda a practicar cuantos asientos fueren menester a fin de inscribir la nulidad y ulterior liquidación de la misma, así como la cancelación de los asientos registrales de la Sociedad;*

*E) Se condene a la parte demandada al pago de los gastos y costas del presente procedimiento judicial, dada su evidente temeridad y notoria mala fe.*

3. La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ibiza que la admitió a trámite, siguiéndose el procedimiento con el número 515/2003 de autos de juicio ordinario.

#### **SEGUNDO: LA CONTESTACIÓN**

4. En los expresados autos compareció el Procurador de los Tribunales don JOSE LÓPEZ LÓPEZ, en nombre y representación de CARROCERÍAS IBIZA, S.A.", don Constantino y don Ezequiel, que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

*AL JUZGADO SUPLICO admita este escrito y el documento acompañado con sus copias, y me tenga por personado y parte en la representación acreditada, y por planteadas las excepciones indicadas y por contestada la demanda, y tras los trámites legales, dicte sentencia desestimatoria de la misma, con expresa imposición de las costas a la actora.*

#### **TERCERO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA**

5. En los expresados autos 515/2003 de juicio ordinario del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ibiza, recayó sentencia el 17 de febrero de 2003, cuya parte dispositiva es como sigue:

##### **FALLO**

*Que desestimo íntegramente la demanda presentada por la representación procesal de la entidad mercantil española denominada "MAQUINARIA INDUSTRIAL SAN RAFAEL, SOCIEDAD LIMITADA" contra don Constantino, don Ezequiel y contra la entidad mercantil denominada "CARROCERIAS IBIZA, S.A." y, en su mérito, les ABSUELVO de las pretensiones deducidas en su contra, con expresa condena al pago de las costas procesales causadas a la parte actora.*

*Al notificar esta sentencia cúmplase lo prevenido en el artículo 248.4 LOPJ teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en orden a la preparación, en su caso, del recurso de apelación procedente ( arts. 457 y ss. de la referida Ley ).*

*Así por esta mi sentencia, que se unirá al legajo de las de su clase y por certificación a los autos de su razón, juzgando en esta primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.*

#### **CUARTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN**

6. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de MAQUINARIA INDUSTRIAL SAN RAFAEL, S.L., y seguidos los trámites ante la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma con el número de recurso de apelación 496/2006, el día veinticuatro de abril de dos mil siete recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

##### **FALLAMOS**

*QUE DESESTIMO EL RECURSO DE APELACION interpuesto por "I INDUSTRIAL SAN RAFAEL, S.L.", y en su representación el/la Procurador/a de los Tribunales D<sup>o</sup>/a José Luis Nicolau Rullán, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ibiza en fecha 17 de febrero de 2006 en los presentes autos de juicio ordinario en ejercicio de acción de nulidad de acuerdos sociales, seguidos con el número 515/03, de los que trae causa el presente rollo de apelación, DEBEMOS ACORDAR y ACORDAMOS:*

- 1) CONFIRMAR la sentencia de instancia.
- 2) Imponer las costas del recurso a la parte apelante.

*Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, la pronunciamos, mandamos y firmamos.*

#### **QUINTO: EL RECURSO**

7. Contra la expresada sentencia dictada en el recurso de apelación 496/2006 por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma, el día veinticuatro de abril de dos mil siete el Procurador de los Tribunales don JOSÉ LUIS NICOLAU RULLÁN, en nombre y representación de MAQUINARIA INDUSTRIAL SAN RAFAEL, SL, interpuso recurso de casación con apoyo en tres fundamentos desarrollados a través de diversos epígrafes con los siguientes contenidos:

- 1) El primero se dedica a hacer una exposición de los antecedentes del recurso.
- 2) El segundo se configura en los siete apartados siguientes:

Apartado 2.1: Infracción de los artículos 1 , 8 , 11 , 31 , 33 , 34 y 43 de la Ley de 17 de julio de **1951** de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas , así como los artículos. 1 , 4 , 8 , 9 , 12 , 36 , 37 , 40 y 47 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas .

Apartado 2.2: Existencia de simulación absoluta con infracción del art. 34 de la Ley de **1951**.

Apartado 2.3: Infracción del artículo 1218 del Código Civil en relación con la carga de la prueba.

Apartado 2.4: Infracción de los artículos 34 y 35 del Real Decreto Legislativo de 1989 , y los artículos 1300 y siguientes del Código Civil así como los artículos 1254 , 1261 y 1274 y siguientes del mismo texto legal .

Apartado 2.5: Infracción de los artículos 1961 y siguientes del Código Civil .

Apartado 2.6: Infracción de lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias Tercera y Sexta de la Ley 19/1989, de 25 de julio de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades.

Apartado 2.7: Contiene un resumen, a modo de conclusión, de los argumentos de la parte recurrente.

3) El tercero contiene los dos apartados siguientes:

Apartado 3.1: Inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios a los supuestos de nulidad radical.

Apartado 3.2: Imprescriptibilidad de la acción por nulidad radical.

### **SEXTO: ADMISIÓN PARCIAL DEL RECURSO Y OPOSICIÓN**

8. Recibidos los autos en esta Sala Primera del Tribunal Supremo se siguieron los trámites oportunos con el número de recurso de casación 1444/2007.

9. Personada MAQUINARIA INDUSTRIAL SAN RAFAEL S.A bajo la representación del Procurador don ANTONIO ANGEL SÁNCHEZ JAÚREGUI ALCAIDE, el día 12 de mayo de dos mil nueve, la Sala dictó auto del tenor literal siguiente:

LA SALA ACUERDA :

1º) *NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "MAQUINARIA INDUSTRIAL SAN RAFAEL S.L", respecto a la infracción alegada en el apartado 2.3 del motivo segundo del escrito de interposición del recurso de casación frente a fa Sentencia dictada, con fecha 24 de abril de 2007 por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Cuarta), en el rollo de apelación n º 496/2006 , dimanante de los autos de juicio ordinario n º 515/2003 del Juzgado de Primera Instancia n º 3 de Ibiza.*

2º) *ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "MAQUINARIA INDUSTRIAL SAN RAFAEL S.L" respecto a las infracciones alegadas en los restantes motivos del escrito de interposición frente a la misma resolución.*

3º) *Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado por la parte recurrente, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS , durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.*

10 Dado traslado del recurso, la Procuradora de los Tribunales doña AFRICA MARTÍN RICO, en nombre y representación de CARROCERÍAS IBIZA, SA, don Constantino , y don Ezequiel , presentó escrito de impugnación del recurso formulado de contrario con base en las alegaciones que entendió oportunas.

### **SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO**

11. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día

de diciembre de dos mil once, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos, Magistrado de Sala

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**NOTA PREVIA:** Las sentencias que se citan son de esta Sala Primera del Tribunal Supremo si no se indica lo contrario.

## PRIMERO: ANTECEDENTES

### 1. Hechos

12. Los hechos que sirven de punto de partida a la sentencia recurrida, integrados en lo menester, son los siguientes:

1) El 12 de diciembre de 1989 don Constantino , don Ezequiel , y MAQUINARIA INDUSTRIAL SAN RAFAEL S.L. otorgaron en condición de fundadores escritura de constitución de la sociedad CARROCERÍAS IBIZA, S.A..

2) La estipulación tercera de la escritura fundacional es del siguiente tenor:

*"El capital social es de DIEZ MILLONES CINCUENTA MIL PESETAS dividido o representado por MIL CINCO ACCIONES al portador, de DIEZ MIL PESETAS de valor nominal cada una numeradas del 1 al 1.005, ambas inclusive.*

*Dicho capital se suscribe íntegramente por los fundadores en la proporción siguiente:*

DON Constantino , suscribe y se le adjudican trescientas treinta y cinco acciones, números 1 al 335, ambos inclusive, por su valor nominal de TRES MILLONES TRESCIENTAS CINCUENTA MIL PESETAS.

DON Ezequiel , suscribe y se le adjudican trescientas treinta y cinco acciones, números 336 al 670, ambos inclusive, por su valor nominal de TRES MILLONES TRESCIENTAS CINCUENTA MIL PESETAS.

*y la Entidad "MAQUINARIA INDUSTRIAL SAN RAFAEL, S.A. suscribe y se le adjudican trescientas treinta y cinco acciones, números 671 al 1.005, ambos inclusive, por su valor nominal de TRES MILLONES TRESCIENTAS CINCUENTA MIL PESETAS".*

3) La sociedad fue inscrita el 1 de marzo de 1990 en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca, Libro 698 de la Sección 3ª de Sociedades, Hoja PM-9.993.

4) Desde la fecha de su constitución hasta el 5 de marzo de 2001 la sociedad fue administrada por MAQUINARIA INDUSTRIAL SAN RAFAEL S.L. en calidad de administrador único, habiendo hecho constar en acta la realidad del desembolso de la totalidad de las acciones.

5) A raíz de ciertas disensiones entre los socios MAQUINARIA INDUSTRIAL SAN RAFAEL S.L. ha sido condenada en los autos número 468/2002 del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Eivissa a pagar a CARROCERÍAS IBIZA, S.A. la cantidad de 74.726,26 #.

6) La sociedad explotaba una empresa que en el momento de interposición de la demanda contaba con más de diez años de actividad y se hallaba en funcionamiento, dando trabajo a varias personas.

### 2. Posición de la demandante

13. MAQUINARIA INDUSTRIAL SAN RAFAEL S.L, en síntesis y, en los términos transcritos en el antecedente de hecho primero de la presente sentencia, interesó la declaración de nulidad y consiguiente liquidación de la sociedad CARROCERÍAS IBIZA, S.A., con base en la existencia de una simulación absoluta y en la infracción de la obligación de desembolso de la cuarta parte del valor nominal de cada una de las acciones impuesto por el artículo 8 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951.

### 2. Posición de la demandada

14. La demandada se opuso a la demanda, y en los términos transcritos en el antecedente de hecho segundo de la presente sentencia solicitó la desestimación de la demanda.

### 4. La sentencia de la primera instancia

15. La sentencia de la primera instancia desestimó la demanda por ser aplicable el plazo previsto en el artículo 1301 del Código Civil , porque la demandante conocía la situación desde la constitución de la sociedad y, además, porque no estaba acreditado que los accionistas demandados no habían hecho las correspondientes aportaciones al capital.

### 5. La sentencia de la segunda instancia

16. La sentencia de apelación confirmó la de la primera instancia por tratarse de un supuesto de anulabilidad al que resulta aplicable el plazo de "prescripción" previsto en el artículo 1301 del Código Civil y porque la demandante infringe la regla *"adversus proprium factum quid venire non potest"*.

## 6. El recurso

17. Contra la expresada sentencia de la Audiencia Provincial, MAQUINARIA INDUSTRIAL SAN RAFAEL S.L. interpuso recurso de casación que se estructura en tres "fundamentos" de los que el primero se limita a hacer una exposición de los antecedentes del recurso, el segundo se estructura en siete apartados a modo de submotivos centrados en la nulidad de la sociedad inscrita y el tercero se refiere a imprescriptibilidad de la acción de nulidad radical y a la legitimación de MAQUINARIA INDUSTRIAL SAN RAFAEL S.L. para ejercitarla con independencia de que pueda ir contra sus propios actos.

## 7. Sistemática de esta sentencia

18. Por razones sistemáticas abordaremos en primer término de forma conjunta los argumentos vertidos en los apartados 2.1 y 2.2 y seguidamente analizaremos el apartado 2.4 en el que se contiene el núcleo del recurso, a continuación se examinará la viabilidad del submotivo del apartado 2.6, y nada más en el caso de estimar la nulidad de la sociedad inscrita examinaremos los argumentos vertidos en el fundamento tercero del recurso.

19. Los apartados 2.3 y 2.7 no serán examinados ya que el 2.3 ha sido inadmitido y el 2.7 constituye un simple resumen de los anteriores.

### SEGUNDO: APARTADOS 2.1 Y 2.2 DEL SEGUNDO FUNDAMENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN

#### 1. Desarrollo de los apartados 2.1 y 2.2 del fundamento segundo

20. La recurrente sostiene en el apartado 2.1 del segundo fundamento del recurso que la falta de desembolso de sus aportaciones por los dos socios fundadores codemandados supone la infracción de los artículos 1 , 8 , 11 , 31 , 33 , 34 y 43 de la Ley de 17 de julio de 1951 de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas , y correlativa infracción de los artículos 1 , 4 , 8 , 9 , 12 , 36 , 37 , 40 y 47 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas , aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

21. En el apartado 2.2, del fundamento segundo, alega la existencia de simulación absoluta, lo que considera habría dado lugar a la infracción del artículo 34 de la Ley de 1951, por cuanto las acciones debían haber revestido necesariamente carácter nominativo en la medida en que el capital no había sido enteramente desembolsado.

#### 2. Valoración de la Sala

22. El artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de proceso, por lo que la cita de preceptos heterogéneos dirigidos a la sustentar una mera exposición doctrinal sobre la vulneración en el acto fundacional de la sociedad de los principios de garantía, de organización y económico productivos y la existencia de simulación, carecen de contenido casacional, sin perjuicio de que puedan servir como antecedente lógico al submotivo que se expone en el apartado 2.4 del mismo fundamento.

### TERCERO: APARTADO 2.4 DEL SEGUNDO FUNDAMENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN

#### 1. Desarrollo del apartado 2.4 del fundamento segundo

23. El apartado 2.4 del fundamento segundo se enuncia en los siguientes términos:

*Infracción de lo dispuesto en los Arts. 34 y 35 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y Arts. 1300 y ss. del Código civil , y Arts. 1.254 , 1.261 y 1.274 y ss. del Código civil , en cuanto a la simulación absoluta.*

24. En su desarrollo la recurrente afirma la nulidad radical porque existió simulación absoluta del contrato, dos de los socios fundadores demandados no efectuaron desembolso alguno y la Ley exige una efectiva correspondencia entre el capital y el patrimonio de la sociedad anónima.

#### 2. Valoración de la Sala

##### 2.1. Normativa aplicable para la decisión del conflicto.

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

del principio *tempus regit actum*, consagrado en el artículo 2.3 del Código Civil, que impone la irretroactividad de las leyes si no dispusieren lo contrario (en este sentido, entre otras muchas, sentencias 961/2008, de 15 octubre, 458/2010, de 30 de junio, 264/2011, de 18 abril, y 553/2011, de 18 de julio).

26. Otorgada la escritura de constitución de CARROCERÍAS IBIZA, S.A. antes de la entrada en vigor de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades, el negocio fundacional de CARROCERÍAS IBIZA S.A. se rige por la Ley de 17 de julio de 1.951 (para un supuesto de incapacidad de los fundadores, en este sentido se pronuncia la sentencia 188/2009 de 26 marzo).

27. Ni la Ley de 1951 ni el Código de Comercio regulaban de forma expresa la nulidad de la sociedad anónima inscrita, lo que era determinante de que la doctrina le aplicase las reglas generales sobre la invalidez del contrato, por remisión del 117 del Código de Comercio *-[e]l contrato de compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales del Derecho será válido y obligatorio entre los que lo celebren, cualesquiera que sean la forma, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan, siempre que no estén expresamente prohibidas en este Código-* y, en lo que aquí interesa, cuando se hubiese simulado totalmente el mismo o vulnerase normas societarias imperativas.

28. Identificada la normativa aplicable, conviene recordar que su interpretación debe efectuarse a la luz del Derecho de la Unión, ya que, como afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril 2009, Kiriaki Angelidaki, C-378/07 a C-380/07, apartado 106 -reiterada, entre otras, en las sentencias de 21 octubre 2010, PADAWAN, SL, C-467/08, apartado 23, y de 15 de septiembre de 2011, Land Hessen, C-53/10, 29-, *"la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 10 CE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales"*, lo que, como afirma la sentencia del mismo Tribunal de 19 de enero de 2010 -Seda Küçükdeveci, C-555/07, apartado 48- supone que *"al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacerlo, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha directiva para alcanzar el resultado que ésta persigue y, por lo tanto, atenerse al artículo 288 TFUE, párrafo tercero (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, von Colson y Kamann, apartado 26; Marleasing, apartado 8; Faccini Dori, apartado 26, y Pfeiffer y otros, apartado 113). La exigencia de una interpretación conforme del Derecho nacional es inherente al régimen del Tratado en la medida en que permite al órgano jurisdiccional nacional garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelve el litigio de que conoce (véase, en este sentido, la sentencia Pfeiffer y otros, antes citada, apartado 114).*

29. Más concretamente, tratándose de la nulidad de sociedades capitalistas inscritas, la interpretación de la legislación previgente debe hacerse a la luz de la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados Miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, a fin de proteger los intereses de socios y terceros, ya que, como afirma la sentencia 188/2009, de 26 marzo, *"el Juez nacional al que se somete un litigio relacionado con alguna materia comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 68/151/CEE del Consejo (...) está obligado a interpretar su derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva con el fin de impedir que se declare la nulidad de una sociedad anónima por una causa distinta de las enumeradas en su artículo 11"*.

## 2.2. Interpretación restrictiva de las causas de nulidad de las sociedades inscritas.

30. En su parte bastante, el artículo 11 de la Directiva 68/151/CEE que, a la postre, ha de orientar el sentido de nuestra decisión, dispone que *"[l]a legislación de los Estados miembros sólo podrá organizar el régimen de nulidades de sociedades en las condiciones siguientes: (...) 2. los únicos casos en que podrá declararse la nulidad son: (...) d) la inobservancia de las disposiciones de la legislación nacional relativas al capital social mínimo desembolsado; (...) Aparte de estos casos de nulidad, las sociedades no estarán sometidas a ninguna causa de inexistencia, de nulidad absoluta, de nulidad relativa o de anulabilidad."*

31. El análisis de la norma permite concluir que la Directiva no exige la declaración de nulidad de la sociedad inscrita en ninguno de los casos que enumera y se limita a admitir tal posibilidad *"la legislación... podrá organizar el régimen de nulidades..."*- y que impone un criterio restrictivo, al extremo de que en el artículo 11, después de precisar en el primer apartado que *"los únicos casos en que podrá declararse la nulidad"* reitera machaconamente en segundo que *"[a]parte de estos casos de nulidad, las sociedades no estarán sometidas a ninguna causa de inexistencia, de nulidad absoluta, de nulidad relativa o de anulabilidad"*.

32. La interpretación restrictiva de la nulidad se acentúa, si cabe, en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de noviembre de 1990 (Marleasing SA contra Comercial Internacional de Alimentación) que precisa en el apartado 9 que *"una interpretación del Derecho nacional conforme al artículo 11 de la Directiva 68/151, antes citada, impide interpretar las disposiciones del Derecho nacional sobre sociedades anónimas de manera tal que pueda declararse la NULIDAD de una sociedad anónima por motivos distintos de los que se enumeran taxativamente en el artículo 11 de la Directiva"* y en el apartado 12 que *"cada causa de nulidad prevista por el artículo 11 de la Directiva debe interpretarse en sentido estricto"*.

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

### 2.3. La simulación del negocio fundacional.

34. El artículo 11.2.f) de la Directiva 68/151/CEE, según el que constituye una posible causa de nulidad *"el hecho de que, contrariamente a la legislación nacional que regule la sociedad, el número de socios fundadores sea inferior a dos"*, ha dado pie a que se afirme que la legislación de la Unión tolera que las legislaciones nacionales declaren la nulidad de las sociedades cuando se simula el "contrato" de sociedad - caso de las llamadas sociedades anónimas conveniencia o de favor-, lo que ratificaría la moderna legislación interna, al disponer, antes en el artículo 34.1.d) de la Ley de Sociedades Anónimas y 16.1.b), y hoy en el 56.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital, que la acción de nulidad podrá ejercitarse por *"no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal"*, no obstante, la Directiva no define quien o quienes y en qué circunstancias deben reputarse socios fundadores y la legislación interna no precisa el exacto contenido de la "voluntad efectiva" -.

35. Además, en contra de lo pretendido por la recurrente, no cabe confundir la simulación total del contrato con la simulación de la aportación, lo que tiene importancia en el caso enjuiciado, dado que, con independencia de que el negocio reúna o no los requisitos para que el ordenamiento jurídico le reconozca aptitud para la constitución de una sociedad dotada de personalidad jurídica, es lo cierto que la voluntad de celebrarlo -no la de simularlo- permanece indiscutida y, de hecho, aquel se ha ejecutado durante más de diez años.

36. Finalmente, también debemos tener en cuenta que nuestro ordenamiento, siguiendo la Directiva 1989/667/CEE, de 21 de diciembre, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (hoy derogada por la Directiva 2009/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009), admite las sociedades anónimas originariamente unipersonales -bien que el artículo 56.1.a de la Ley de Sociedades de Capital dispone que una vez inscrita la sociedad podrá ejercitarse la acción de nulidad *"[p]or no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal"* -.

### 2.4. El desembolso mínimo en las sociedades anónimas.

37. Para determinar el exacto alcance de los efectos de la infracción del deber de aportación en el régimen de la Ley de 1951, conviene analizar previamente la previsión contenida en el artículo 31 de la Ley 19/1989, del que pasó al 34 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y, de este, al 79 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital ,

38. Los artículos 10 de la Ley 19/1989 y 12 del texto refundido de 1989 dispusieron que *"(n)o podrá constituirse sociedad alguna que no tenga su capital suscrito totalmente y desembolsado en una cuarta parte,*

por lo menos, el valor nominal de cada una de sus acciones", y el 79 del texto refundido de la Ley de sociedades de capital "(l)as acciones en que se divida el capital de la sociedad anónima deberán estar íntegramente suscritas por los socios, y desembolsado, al menos, en una cuarta parte el valor nominal de cada una de ellas en el momento de otorgar la escritura de constitución de la sociedad o de ejecución del aumento del capital social".

39. A su vez los artículos 31 de la Ley 19/1989 y 34.1 del texto refundido de 1989 establecieron que "[u]na vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad solo podrá ejercitarse por las siguientes causas: (...) b) (...) por no respetarse el desembolso mínimo del capital legalmente previsto", y el 56.1.g de la Ley de sociedades de capital que ". [U]na vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por las siguientes causas: (...) por no haberse desembolsado íntegramente el capital social, en las sociedades de responsabilidad limitada; y por no haberse realizado el desembolso mínimo exigido por la ley, en las sociedades anónimas".

40. Aunque el tenor literal de dichas normas dio pie a que un sector doctrinal sostuviera que concurría causa de nulidad cuando no se hubiera desembolsado, al menos, la cuarta parte de todas y cada una de las acciones, es lo cierto que la interpretación estricta que impone la Directiva no permite identificar la referencia al "desembolso del capital" con el "desembolso de cada una de las acciones". Por otro lado, el artículo 8 de la Ley de 17 de julio de 1951 no aludía al "valor nominal de cada una de sus acciones", sino que disponía que "(n)o podrá constituirse sociedad alguna que no tenga su capital suscrito totalmente y desembolsado en una cuarta parte, por lo menos". Por lo expuesto no cabe declarar la nulidad de la sociedad inscrita por el hecho de que alguno o algunos de los fundadores no hubiese desembolsado las acciones suscritas en tanto en cuanto se hubiese aportado el "capital mínimo".

#### 2.5. La correspondencia entre capital y patrimonio.

41. El tercero de los alegatos tampoco puede prosperar ya que, como hemos indicado, el artículo 8 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, de forma pareja a lo previsto en el artículo 79 de la Ley de Sociedades de Capital, disponía que "[n]o podrá constituirse sociedad alguna que no tenga su capital suscrito totalmente y desembolsado en una cuarta parte, por lo menos", lo que se interpretó en el sentido de que la norma trataba de garantizar la correspondencia entre el capital fundacional y patrimonio de la sociedad, integrado por las aportaciones de los socios y los créditos de la sociedad contra estos. Sin embargo en el caso enjuiciado, no se ha rechazado que en el momento fundacional la sociedad no tuviese crédito contra los socios y, ni siquiera se ha cuestionado que el valor de los desembolsos alcanzaba la cifra del capital.

#### 2.6. La convalidación de la sociedad.

42. Además, si bien, en nuestro sistema, a diferencia de otros sistemas, la inscripción de la sociedad no produce efectos taumatúrgicos (como resulta de los artículos 20.2 del Código de Comercio y 7.2 del Reglamento del Registro Mercantil), no existe imperativo legal que exija proyectar en el tiempo, de forma absoluta e insanable, la nulidad concurrente en el momento fundacional aplicando de forma automática la categoría dogmática de la nulidad de los contratos - *quod nullum est nullo lapso temporis convallescere potest*- inadecuada para las sociedades inscritas, sin permitir su convalidación una vez superadas las irregularidades concurrentes en el momento de su constitución, cuando no se atenta contra el orden público, en forma similar a la prevista en los artículos 2332 del Código Civil italiano - "[l]a nullità non può essere dichiarata quando la causa di essa è stata eliminata e di tale eliminazione è stata data pubblicità con iscrizione nel registro delle imprese" - y 42.2 del Código de las Sociedades Comerciales portugués - "[s]ão sanáveis (os vícios) por deliberação dos sócios, tomada nos termos estabelecidos para as deliberações sobre alteração do contrato, os vícios decorrentes de falta ou nulidade da firma e da sede da sociedade, bem como do valor da entrada de algum sócio e das prestações realizadas por conta desta" -, así como en el artículo 22.1.c) de la Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, para las fusiones - "[l]as legislaciones de los Estados miembros sólo podrán organizar el régimen de nulidades de la fusión en las siguientes condiciones: (...) c) no podrá intentarse la acción de nulidad después de la expiración de un plazo de seis meses a partir de la fecha en la que la fusión fuera oponible al que invoque la nulidad, o bien si la situación hubiera sido regularizada"- y en el 19.1.c) de la Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, para las escisiones - "[l]as legislaciones de los Estados miembros sólo podrán regular el régimen de nulidades de la escisión en las siguientes condiciones: (...) c) no podrá intentarse la acción de nulidad cuando haya transcurrido un plazo de seis meses a partir de la fecha en que la escisión fuera oponible al que invoque la nulidad, ni cuando la situación hubiera sido regularizada" -, ya que, en otro caso, podría provocarse un efecto frontalmente opuesto al perseguido por la Directiva que, en el segundo considerando, afirma "(c)onsiderando que la coordinación de las disposiciones nacionales relativas a la publicidad, la validez de los compromisos de estas sociedades y la nulidad de éstas reviste una importancia especial, en particular con miras a asegurar la protección de los

*intereses de terceros", y en el tercero "(c)onsiderando que es necesario , con el fin de garantizar la seguridad jurídica en las relaciones entre la sociedad y los terceros , así como entre los socios , limitar los casos de nulidad , así como el efecto retroactivo de la declaración de nulidad y fijar un plazo breve para la oposición de terceros a esta declaración".*

#### 2.7. El abuso del derecho.

43. Lo hasta ahora expuesto cobra especial relevancia en supuestos como el presente en el que la acción se ejercita de forma claramente desviada respecto de su finalidad -el orden público económico y la seguridad y garantía de las transacciones comerciales en un mercado estable-, o como sostiene la sentencia recurrida *"evidenciando que la acción esgrimida está violentando la previsión del artículo 7 del Código Civil , al suponer un ejercicio abusivo del derecho y contrario a la buena fe"* , ya que, no se cuestiona que la sociedad está capitalizada después de desplegar su actividad durante trece años y tampoco que el valor de su patrimonio supera la cifra del capital social.

44. Además resulta particularmente relevante si se tiene en cuenta que la acción se ejercita por el socio que gestionó el otorgamiento de la escritura, ha sido administrador único y ha dejado constancia documental del desembolso de las acciones.

#### 2.8. Desestimación.

45. Consecuentemente con lo expuesto, procede desestimar el argumento examinado, y con el a los apartados 2.5, 3.1 y 3.2 que del mismo dependen.

### **CUARTO: APARTADO 2.6 DEL SEGUNDO FUNDAMENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN**

#### **1. Desarrollo del apartado 2.6 del fundamento segundo**

46. En el apartado 2.6 del fundamento segundo se denuncia la infracción de lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias Tercera y Sexta de la Ley 19/1989, de 25 de julio de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades, por cuanto en los supuestos de que en las Sociedades antes de 1995 no hubieran presentado en el Registro Mercantil escritura pública haciendo constar el acuerdo de aumentar el capital social hasta el mínimo legal, la suscripción de todas las acciones emitidas y el desembolso de una cuarta parte del valor de cada una de las acciones, quedarán disueltas de pleno Derecho sin necesidad de declaración judicial al respecto.

#### **2. Valoración de la Sala**

##### 2.1. La prohibición de plantear cuestiones nuevas.

47. Hemos declarado en la sentencia 719/2009, de 16 de noviembre , que *"no pueden plantearse en casación cuestiones que no hayan sido sometidas a la consideración del tribunal de apelación ( SSTS de 9 de octubre de 2000 , 16 de octubre de 2000 , 26 de marzo de 2001 , 5 de abril de 2001 , 14 de mayo de 2001 , 18 de julio de 2001 , 23 de noviembre de 2001 , 5 de diciembre de 2002 , 29 de enero de 2004 , 25 de febrero de 2004 , 14 de abril de 2004 , 31 de enero de 2005 , 15 de marzo de 2006 , 28 de marzo de 2006 , 19 de abril de 2006 , 30 de junio de 2006 , 27 de marzo de 2007 )"*.

##### 2.2. Desestimación.

48. Consecuentemente con lo expuesto, procede desestimar el argumento examinado, ya que plantea una cuestión que no fue abordada por la sentencia recurrida, sin que se haya planteado la incongruencia de la misma por la vía adecuada.

### **QUINTO: COSTAS**

49. Las costas del recurso deben imponerse a la recurrente de acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

### **FALLAMOS**

Primero. Desestimamos el recurso de casación interpuesto por MAQUINARIA INDUSTRIAL SAN RAFAEL S.A, representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don ANTONIO SÁNCHEZ-JAÚREGUI ALCAIDE, contra la referida sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de fecha veinticuatro de abril de dos mil siete, recaída en el en rollo de apelación número



496/2006 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 515/2003 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ibiza.

Segundo. Imponemos al recurrente las costas causadas por el recurso casación que desestimamos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Gimeno-Bayon Cobos** , ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Juan Antonio Xiol Rios .- Jesus Corbal Fernandez.- Francisco Marin Castan.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.-Encarnacion Roca Trias Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Roman Garcia Varela.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Gimeno-Bayon Cobos** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ