

LA DOCTRINA DE LA SOCIEDAD NULA Y LA TEORÍA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA ⁽¹⁾

THE DOCTRINE OF THE NULL SOCIETY AND THE THEORY OF LEGAL PERSONALITY

JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

- I. NULIDAD DEL CONTRATO SOCIAL Y PERSONALIDAD JURÍDICA.
- II. EL CONTENIDO DE LA DOCTRINA DE LA SOCIEDAD NULA. LOS ARTÍCULOS 56 Y 57 LSC.
- III. NULIDAD Y SOCIEDAD INTERNA.
- IV. NULIDAD Y SOCIEDAD EXTERNA O CON PERSONALIDAD JURÍDICA: LA NECESIDAD DE LIQUIDAR EL PATRIMONIO ANTES DE RESTITUIR SUS APORTACIONES A LOS SOCIOS.
- V. LA SOCIEDAD NULA Y LA CONSIDERACIÓN DEL CONTRATO DE SOCIEDAD COMO CONTRATO DE ORGANIZACIÓN.
- VI. EL NACIMIENTO DE LA PERSONA JURÍDICA Y LA FORMACIÓN DEL PATRIMONIO SEPARADO.
- VII. LA IRRELEVANCIA DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA SOCIEDAD NULA.
- VIII. LOS VICIOS EN LA FORMACIÓN DEL PATRIMONIO SOCIAL Y LA FALTA DE CAPACIDAD O DE PODER DE DISPOSICIÓN SOBRE LOS BIENES APORTADOS.
- IX. BIBLIOGRAFÍA.

(1) Este trabajo ha recibido financiación en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y universidades, «GOBIERNO CORPORATIVO: EL PAPEL DE LOS SOCIOS II» (Ref.: PGC2018-097984-B-I00). Dirs.: Antonio B. Perdices Huetos, y Blanca Bago Oria. Se publicará en el volumen de homenaje a Ricardo Alonso Soto con motivo de su jubilación. Agradezco a mis compañeros del Área de Derecho Mercantil las observaciones realizadas en el marco de los seminarios en los que se ha expuesto este trabajo y en particular a Nuria Bermejo, Cándido Paz-Ares y Fernando Pantaleón.

Resumen: En este trabajo se realizan tres modestas aportaciones a la discusión sobre la sociedad nula desde la perspectiva de la Parte General del Derecho de Sociedades: la primera afirma que el contenido de esta doctrina se limita a los aspectos jurídico-reales o patrimoniales en sentido estricto, es decir, que la doctrina de la sociedad nula no aporta ninguna «regla» a la doctrina de la nulidad del contrato de sociedad y, por tanto, que su regulación no puede verse como expresión de la voluntad del legislador de *reducir el elenco de causas de nulidad* del contrato de sociedad en relación con otros contratos⁽²⁾. La segunda es que *la inscripción registral es irrelevante* a efectos de aplicar la doctrina de la sociedad nula y esta conclusión vale tanto para las sociedades de personas como para las sociedades de capitales. Y la tercera es que no hay nulidad del contrato ni se aplica la doctrina de la sociedad nula (y no hay que proceder a la liquidación sino a la restitución al *dominus* del bien de su propiedad) cuando se aportan bienes al patrimonio social por uno de los socios que *carece de la capacidad de obrar o del poder de disposición sobre el bien*.

Abstract: This paper makes three modest contributions to the discussion on the doctrine of the invalid company: the first submits that the content of this doctrine is limited to the real or patrimonial aspects, i.e., that the doctrine of the invalid company does not add any «rule» to the doctrine of the nullity of contracts and, therefore, that its regulation cannot be seen as an expression of the will of the legislator to reduce the list of causes of company's contract nullity in relation to other contracts. The second is that registration in the Commercial Register is irrelevant for the purposes of applying the doctrine of the invalid company, and this conclusion holds for both partnerships and corporations. And the third is that there is no nullity of the contract and the doctrine of the invalid company does not apply (and it is not necessary to proceed to liquidation) when property contributed to the company by someone who lacks title or power of attorney over the property.

Keywords: Dissolution, liquidation, company contract, retroactivity, legal personality.

I. NULIDAD DEL CONTRATO SOCIAL Y PERSONALIDAD JURÍDICA

La doctrina de la sociedad nula se resume diciendo que cuando los vicios que han afectado a la celebración de un contrato de sociedad obligan a declarar su nulidad,

(2) Como sugiere EIZAGUIRRE, J. M.ª: «La sociedad nula», en AAVV: La reforma del Derecho español de sociedades de capital, Madrid, 1987, pp. 282 y ss., pp. 299-300: «puntos básicos de la regulación (de la 1.ª Directiva) se estiman la limitación de las causas de nulidad (a esta cuestión me referiré más adelante en el texto) y la salvaguardia de la posición de los terceros respecto de los efectos de la nulidad. Por el contrario, no se considera necesaria la intervención (del Derecho comunitario)... en lo concerniente a cuestiones tales como la regularización o subsanación de la invalidez, legitimación, procedimiento y preclusión de la acción o efectos de la nulidad entre los socios, aspectos que quedan remitidos al legislador interno...». Corrijo, pues, lo expuesto en las entradas sobre la sociedad nula publicadas en el Almacén de Derecho. ALFARO, Jesús, La sociedad nula (i): naturaleza jurídica, Almacén de Derecho, 2018, <https://almacenederecho.org/la-sociedad-nula-naturaleza-juridica>; ALFARO, Jesús, La sociedad nula (ii): requisitos de aplicación de la doctrina, Almacén de Derecho 2018, <https://almacenederecho.org/la-sociedad-nula-ii-requisitos-aplicacion-la-doctrina>.

son necesarias reglas especiales *sobre la suerte del patrimonio personificado*. Estas reglas no existen en el Derecho Contractual general porque los contratos tienen, en principio, solo efectos obligatorios de modo que la nulidad de un contrato conducirá a la extinción de los vínculos y, a lo más, a la restitución de los bienes o derechos objeto del contrato que se han transmitido en ejecución de las obligaciones contractuales. Reglas especiales son, sin embargo, necesarias para *garantizar la continuidad del patrimonio* tras la anulación del contrato si, como consecuencia de su celebración, se ha formado uno idóneo para insertarse en el tráfico jurídico. La devolución de las aportaciones a los socios (restitución de las prestaciones) ha de sustituirse por la liquidación si se quiere tutelar adecuadamente a los terceros que se han relacionado con él⁽³⁾.

Hay que entender que en estas circunstancias, aunque el contrato de sociedad sea nulo, no desaparecen por ello ni las obligaciones asumidas por el patrimonio social con terceros ni las obligaciones asumidas por los socios en lo que se refiere a la formación de dicho patrimonio, esto es, básicamente, la de desembolsar las aportaciones prometidas y, en su caso, las de administrar dicho patrimonio. En este sentido, el contrato de sociedad externa es válido tanto *ad extra* como *ad intra*⁽⁴⁾. Así, el socio puede ser condenado al desembolso de los dividendos pasivos⁽⁵⁾. Ahora bien, no hay que ir más allá y suponer que la existencia del vicio es irrelevante contractualmente. Por ejemplo, tras la declaración de nulidad, no hay ninguna necesidad de

(3) Ya la doctrina francesa de hace un siglo decía (HEMARD, Joseph, *Théorie et Pratique des Nullités de Sociétés et des Sociétés de Fait*, 2.ª edición, París 1926 <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3040578c.texteImage>, p. 92): «Malgré son objet illicite, malgré sa nullité, la société a existé. Elle s'est révélée aux tiers, les parties se sont comportées comme des associés; des bénéfices ou des pertes ont été réalisés. Il existe un passé qu'on ne peut annihiler, ignorer; il existe des faits accomplis en commun qu'on ne peut effacer, des contrats qu'on ne peut détruire et qui, pris séparément, sont valables et comportent un règlement de comptes entre les participants. Il faut opérer une liquidation, parce que cette liquidation sauvegardera tous les intérêts en présence». GIRÓN, J., *Derecho de Sociedades*, Madrid 1976, p. 255, lo explica así: «Sociedades nulas o anulables siguen funcionando, pueden aparecer inscritas, sus socios han realizado sus aportaciones, se ha constituido así un patrimonio cuyos elementos materiales han podido transformarse... han perfeccionado relaciones jurídicas con terceros -unas cumplidas y otras en vía de consumación o que permanecen en su tracto sucesivo- han podido repartir ya beneficios... Todo esto no puede considerarse ni ignorable ni irrelevante».

(4) PAZ-ARES, Cándido, *Sociedad de hecho*, Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid 1995, tomo IV, p. 6305, p. 6307. Como explica OECHSLER, J., *Die Geschichte der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und ihre Stellung im europäischen Gesellschaftsrecht*, NJW 2008, 2471 ss., la doctrina alemana tardó mucho, en relación con la francesa, en aceptar los efectos *ad intra* del contrato de sociedad viciado. Para la doctrina actual alemana v., por todos, SCHÄFER, C., *MüKoBGB/SCHÄFER BGB § 705 Rn. 353*.

(5) En un caso de 1880, un tribunal alemán tenía que decidir sobre la demanda presentada por un administrador concursal a través de la que pedía que se condenase al accionista al desembolso de los dividendos pasivos, esto es, la parte del precio de la acción suscrita y no entregada a la sociedad. El accionista se defendió diciendo que su declaración de suscripción de las acciones estaba viciada y que, por tanto, no estaba obligado a desembolsarlas. El Tribunal estimó la demanda y dijo que la denuncia del vicio del consentimiento sufrido por el suscriptor no tiene efectos retroactivos; que el suscriptor no solo «se obliga... frente a la sociedad, sino que a través de la suscripción el accionista participa en la constitución de un sujeto de derecho y hace posible que la sociedad pueda exteriorizarse y participar en el tráfico jurídico. La sociedad no puede evitar su exteriorización, incluso aunque conociera, en dicho momento, la existencia del vicio. Con su constitución, debe ingresar en el tráfico. Aunque se deshiciera lo hecho... no por ello dejaría de existir, sobre todo cuando se trata de derechos de terceros» OECHSLER, NJW 2008, 2471, p. 4272.

considerar que continúan vigentes los pactos obligatorios contenidos en el contrato social (por ejemplo, las prohibiciones de competencia o las prestaciones accesorias o los derechos de adquisición preferente)⁽⁶⁾.

El estudio de la doctrina de la sociedad nula en el Derecho de Sociedades se explica porque el contrato de sociedad *es el instrumento más general que el Derecho pone a disposición de los particulares para formar personas jurídicas*. Formar personas jurídicas significa (i) constituir patrimonios que se separan de los patrimonios desde los que realizan las aportaciones y (ii) dotarlos de agencia o capacidad de obrar lo que (iii) les permite «*adquirir* y poseer bienes de todas clases, así como *contraer* obligaciones y *ejercitar* acciones civiles o criminales» que es como describe la personalidad jurídica el art. 38 CC⁽⁷⁾. Los particulares dotan de capacidad de obrar al patrimonio que han formado determinando (i) cómo tomarán los socios decisiones sobre dicho patrimonio y (ii) designando a los individuos que actuarán en el tráfico por cuenta de y con efectos sobre el mismo⁽⁸⁾.

(6) Este marco de discusión es preferible al basado en distinguir *nulidad de la sociedad o nulidad del acto constitutivo* o en preguntarse si la nulidad «afecta a la sociedad o más bien al contrato que la constituye», v., SÁNCHEZ PACHÓN, L. Á., Las Causas de Nulidad de las Sociedades de Capital, Cizur Menor, 2007, pp. 122 ss. p. 125: «no cabe separar la nulidad del contrato o negocio constitutivo -si se quiere del proceso constitutivo- y la nulidad de la sociedad» pero luego dice que «todas las causas de nulidad... tienen como punto exclusivo de referencia el acto constitutivo». Recuérdese al respecto que la idea de que las sociedades no nacen de un contrato sino de un «acto unilateral colectivo» (*ein einseitiger Gesamttakt*) se remonta a Gierke v., SCHMIDT, K., Fehlerhafte Gesellschaft und allgemeines Verbandsrecht, AcP 186(1986) pp. 421 ss. p. 423. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, La sociedad nula, en AA.VV. Derecho de Sociedades Anónimas I. La Fundación, Madrid 1991, pp. 1012, pp. 1012-1013, Este autor decía que es dudoso, a la vista de la preservación íntegra del patrimonio social que se trate de una «verdadera nulidad» y que hay que preguntarse si estamos, alternativamente, «simplemente ante unos vicios que afectan al propio proceso de su fundación y que solo de una manera indirecta o mediata afectan a la sociedad que nace como consecuencia del acto constitutivo, cuya naturaleza contractual a pesar de algunas opiniones en contra... puede mantenerse...».

(7) La idea de que las partes de las relaciones patrimoniales no son los individuos sino los patrimonios la he visto formulada, por primera vez, en los trabajos de Bonelli, BONELLI, Gustavo, La teoría della persona giuridica, en Rivista di Diritto Civile, 1910, pp. 445-673., v., también ID, *Di una nuova teoria della personalità giuridica*, Rivista italiana di scienze giuridiche, 1890, pp. 325-360., ambos recogidos en C. Angelici - O. Capolino - P. Ciocca - M. Perassi - M. Stella Richter jr. - G. Terranova, Gustavo Bonelli, un giurista in Banca d'Italia, 2018, pp. 167 ss. y pp. 133 ss. respectivamente, disponible en https://www.bancaditalia.it/publicazioni/altre-pubblicazioni-giuridiche/2018/gustavo-bonelli-giurista/Volume_Bonelli.pdf De la exposición de Bonelli, me he ocupado en esta entrada: ALFARO, J., Gustavo Bonelli sobre la personalidad jurídica, *Almacén de Derecho*, 2019, disponible en <https://almacenederecho.org/gustavo-bonelli-sobre-la-personalidad-juridica> donde se cita también el trabajo de Mario Stella Richter jr. *Persona giuridica e società* publicado en el mismo volumen recopilatorio de los trabajos de Bonelli que se acaba de citar. Sobre el art. 38 CC con más indicaciones, v., DE SALAS, S, Artículo 38. Capacidad de las personas jurídicas, en Código civil comentado / Ana Cañizares Laso (dir.), Pedro de Pablo Contreras (dir.), Francisco Javier Orduña Moreno (dir.), Rosario Valpuesta Fernández (dir.), Vol. 1, 2011 (artículos 1 a 608), pp. 314-321.

(8) Sobre cómo se «genera» la persona jurídica como patrimonio separado del de los socios y dotado de agencia, v., con cierta amplitud, ALFARO, J., Introducción a la Persona Jurídica a partir del Derecho de Sociedades, en *Almacén de Derecho* 2017-2021, <https://almacenederecho.org/leccion-preliminar-derecho-sociedades>. El concepto de patrimonio está «infrateorizado» lo que resulta sorprendente porque permite dar razón de numerosas instituciones del Derecho Privado.

En este trabajo se realizan tres modestas aportaciones a la discusión sobre la sociedad nula desde la perspectiva de la Parte General del Derecho de Sociedades: Se parte de la idea de que la doctrina de la sociedad nula encaja limpiamente en un Derecho de Sociedades formado por dos piezas: una «real», perteneciente al Derecho de los Patrimonios o de la Persona Jurídica (parte del Derecho de Cosas en sentido amplio) y otra «contractual», perteneciente al Derecho de los Contratos. Esta construcción es preferible, tanto a la comprensión *contractualista* como a la comprensión *institucionalista* del Derecho de Sociedades⁽⁹⁾. Y de la misma se derivan tres consecuencias para la construcción de la doctrina sobre la sociedad nula.

a) La primera afirma que el contenido de esta doctrina se limita a los aspectos jurídico-reales o patrimoniales en sentido estricto, es decir, que la doctrina de la sociedad nula no aporta ninguna «regla» a la doctrina de *la nulidad del contrato* de sociedad y, por tanto, que su regulación no puede verse como expresión de la voluntad del legislador de *reducir el elenco de causas de nulidad* del contrato de sociedad en relación con las causas de nulidad en otros contratos (*infra* 2 a 4)⁽¹⁰⁾.

b) La segunda es que *la inscripción registral es irrelevante* a efectos de aplicar la doctrina de la sociedad nula y esta conclusión vale tanto para las sociedades de personas como para las sociedades de capitales (*infra* 5 a 7).

c) Y la tercera es que no hay nulidad del contrato ni se aplica la doctrina de la sociedad nula (y no hay que proceder a la liquidación sino a la restitución al *dominus* del bien de su propiedad) cuando se aportan bienes al patrimonio social por uno de los socios que *carece de la capacidad de obrar o del poder de disposición sobre el bien* (*infra* 8).

(9) La teoría contractualista ha sido elaborada, sobre todo, por los estudiosos del análisis económico del derecho de sociedades v., por todos, EASTERBROOK, Frank H/ FISCHER, Daniel R., La estructura económica del derecho de las sociedades de capital, trad. esp. de Francisco Marcos, Madrid 1991; la teoría institucionalista fue elaborada por la doctrina alemana de la *Aktiengesellschaft* a partir de los años 20 del pasado siglo. V., con algunas referencias, ALFARO, Jesús, La sociedad anónima alemana y la sociedad anónima española, en *Almacén de Derecho* 2021, <https://almacenederecho.org/49460-2>, aunque no puedo, obviamente, extenderme aquí debería ser evidente que la «empresa» es un patrimonio, que la persona jurídica es un patrimonio dotado de capacidad de obrar y que la sociedad es un contrato que genera la formación de una persona jurídica. Se podría comprobar fácilmente que esta concepción permite superar los límites y las contradicciones tanto de la doctrina contractualista como de la institucionalista.

(10) Según EIZAGUIRRE, J. M.^a: «La sociedad nula», en AAVV: La reforma del Derecho español de sociedades de capital, Madrid, 1987, pp. 282 y ss., pp. 299-300: «puntos básicos de la regulación (de la 1.^a Directiva) se estiman *la limitación de las causas de nulidad* y la salvaguardia de la posición de los terceros respecto de los efectos de la nulidad». Corrijo, pues, lo expuesto en las entradas sobre la sociedad nula publicadas en el Almacén de Derecho. ALFARO, Jesús, La sociedad nula (i): naturaleza jurídica, Almacén de Derecho, 2018, <https://almacenederecho.org/la-sociedad-nula-naturaleza-juridica>; ALFARO, Jesús, La sociedad nula (ii): requisitos de aplicación de la doctrina, Almacén de Derecho 2018, <https://almacenederecho.org/la-sociedad-nula-ii-requisitos-aplicacion-la-doctrina>.

II. EL CONTENIDO DE LA DOCTRINA DE LA SOCIEDAD NULA. LOS ARTÍCULOS 56 Y 57 LSC

Esta doctrina, tal como está recogida ahora en los artículos 56 y 57 LSC⁽¹¹⁾, suele describirse diciendo que (i) *si se ha celebrado un contrato de sociedad*⁽¹²⁾, (ii) se ha formado un patrimonio separado con las aportaciones y (iii) el motivo de nulidad o anulabilidad *subsiste* en el momento en el que se ejercita la acción de nulidad (v., art. 9.2 LAIE a contrario)⁽¹³⁾, la consecuencia de la estimación de la demanda no es *la restitución de las aportaciones a los socios ni la eficacia retroactiva de la nulidad sino a la apertura de la liquidación*, lo que se traduce en que, en principio, los terceros que se hayan relacionado con la persona jurídica no se ven afectados por la nulidad⁽¹⁴⁾.

Así se recoge ahora, para las sociedades de capital en principio,

a) en el artículo 57.1 LSC que establece que, declarada la nulidad, los vínculos entre los socios se extinguen⁽¹⁵⁾ pero los socios *no* pueden recuperar sus aportacio-

(11) La doctrina de la sociedad nula es una institución antiquísima con origen en el Derecho francés de la Edad Moderna V., ALFARO, Jesús, El verdadero origen (francés) y fundamento de la doctrina de la sociedad nula, Derecho Mercantil 2018, <http://derechomercantilespana.blogspot.com/2018/05/el-verdadero-origen-frances-y.html> donde se resume el trabajo de OECHSLER, NJW 2008, p. 2471.

(12) No hay «sociedades de hecho», es decir, que exista un contrato de sociedad es imprescindible para que pueda aplicarse la doctrina de la sociedad nula. Si los socios no han celebrado tal contrato pero han creado la apariencia de formar parte de una sociedad y se dan los restantes requisitos de la responsabilidad por apariencia, los socios responderán frente al tercero, pero no por aplicación de la doctrina de la sociedad nula sino por apariencia (v., PAZ-ARES, Sociedad de hecho, p. 6306; SCHMIDT, AcP 186(1986) p. 440; SCHÄFER, Staub-HGB, 105, números 331 ss.; y SCHÄFER, MüKoBGB/SCHÄFER BGB § 705 Rn. 353. Indicaciones en ANGELICI, La società nulla, Milán 1975, pp. 38-39, nota 6). Eso sí, basta con que el contrato de sociedad se haya celebrado tácitamente, como cuando los herederos continúan explotando en común la empresa heredada de sus padres o como cuando varias personas montan un negocio en común pero no documentan de ninguna forma su relación. KÜBLER, F, Derecho de sociedades, traducción española, Madrid 2001, p. 545, se refiere a la antigua doctrina elaborada por SIEBERT sobre las «relaciones contractuales de facto» «faktische Vertragsverhältnisse» que se extendió no solo al Derecho de sociedades sino también al derecho laboral, «relación laboral de hecho» y a la responsabilidad contractual «relaciones contractuales de hecho» y que hoy se encuentra abandonada. V., SCHMIDT, AcP 186(1986) p. 423; v., también, erróneamente a mi juicio, «cuando se considera que tales comportamientos (los actos de desarrollo del objeto social por parte de los socios) corresponden a los típicos de la relación societaria, la aplicación de la disciplina relativa puede deducirse directamente, sin sentir realmente la necesidad, salvo con fines retóricos, de reconocer un momento contractual original» Lo retórico es hablar de un «momento contractual original». Lo procedente es preguntarse si hay o no contrato. ANGELICI, C., *Note minime su la libertà contrattuale e i rapporti societari*, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1394845>.

(13) «El período de vida anormal no debe llevar su efecto hasta destruir la normalización ulterior», GIRÓN, Derecho de Sociedades, pp. 264-265. Una vez que se conoce de la existencia del vicio (del consentimiento, falta de acuerdo sobre cuestiones determinadas, requisitos de forma contractuales etc.), podrá considerarse el contrato como confirmado o convalidado «como consecuencia de la propia puesta en marcha de la organización societaria o como consecuencia de cualquier otro movimiento expreso de la voluntad» PAZ-ARES, Sociedad de hecho, p. 6306.

(14) Lo que no impide que los contratos entre la persona jurídica cuyo contrato de sociedad está viciado y otros patrimonios puedan terminarse como consecuencia de la declaración de nulidad, v., en general, SÁEZ, M.ª Isabel, PAZ-ARES, Cándido, Los contratos pendientes de ejecución en la fusión, RDM, 243 (2002) pp. 45-70.

(15) Igual que cuando los socios o el juez acuerdan la disolución, v., ALFARO, RdS 61(2021) pp. 91-134.

nes sin proceder previamente a la liquidación del patrimonio social que establece, naturalmente, la preferencia de los acreedores de dicho patrimonio respecto de los socios.

b) El apartado 2 del mismo precepto recoge la regla de la relatividad de la nulidad: la nulidad del contrato de sociedad no afecta a la vinculación del patrimonio social con otros patrimonios⁽¹⁶⁾.

c) En fin, el apartado 3 del art. 57 LSC recoge la preferencia de los acreedores respecto de los socios en la liquidación del patrimonio social y la obligación de los socios de desembolsar la parte de sus aportaciones al capital que hubiera quedado pendiente si el desembolso es necesario para satisfacer a los acreedores⁽¹⁷⁾.

Esto es todo. Sin embargo, suele decirse que la doctrina de la sociedad nula incluye reglas especiales que *reducen el elenco de causas de nulidad* relevantes. Así, *los vicios del consentimiento y otros vicios que afecten a las declaraciones de voluntad de alguno o algunos de los socios* no acarrearían la nulidad del contrato de sociedad por el juego de la doctrina objeto de estas páginas.

A mi juicio, es cierto que estos vicios no provocan la nulidad del contrato de sociedad pero no lo hacen porque el de sociedad es un *contrato plurilateral de duración*, no porque se haya formado un patrimonio personificado como efecto de su celebración que es el fundamento de la doctrina de la sociedad nula⁽¹⁸⁾. Por tanto, estos vicios han de tratarse con *las herramientas propias del Derecho contractual de sociedades* aunque teniendo en cuenta que las reglas generales sobre la nulidad de los contratos, pensadas para los sinalagmáticos, no se adaptan bien al contrato de sociedad en su condición de contrato de duración y plurilateral⁽¹⁹⁾.

(16) Ampliamente sobre estos preceptos, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. / DÍAZ MORENO, A., La nulidad de la sociedad, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, dirs., Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, tomo III, Madrid 1995; SÁNCHEZ CALERO, Sociedad nula, p. 1028 dice que el precepto es «redundante, ya que de otra forma quedaría sin sentido la declaración contenida en el párrafo primero de la aplicación a la liquidación de las normas establecidas por la propia ley». El texto no procede de la Primera Directiva de sociedades (68/151/CEE), que sólo se refiere a la «oponibilidad» de la nulidad en relación con la publicidad registral, de forma semejante a la publicación del acuerdo de disolución. Es probable que el precepto se deba a que no hay una regla semejante entre las normas de la liquidación y a que mientras no cabe duda de que la disolución tiene solo efectos para el futuro, la norma del art. 57.2 LSC deja claro que la declaración de nulidad no tiene efectos retroactivos.

(17) SÁNCHEZ CALERO, Sociedad nula, p. 1028 dice que también este precepto es «redundante» porque reitera la regla idéntica en sede de liquidación.

(18) La doctrina de la sociedad nula no refleja, pues, una «tendencia del legislador a la conservación del contrato social» como afirma una parte de la doctrina italiana (Simonetto, citado por Fauceglia, La Società, 2017 p. 999; BONANNO, C, La nullità delle società per azioni ex art. 2332 del Codice Civile, 2011, disponible en <https://iris.unipa.it/handle/10447/101771?mode=full.347#.YHv-V2czaUk>, pp. 27 ss.

(19) SCHMIDT, K, AcP 186(1986) p. 426: «Die Regeln über nichtige und unwirksame Verträge bedürfen der Modifikation, soweit sie auf mitgliedschaftliche Rechtsverhältnisse nicht passen».

El carácter de contrato de duración lo comparte la sociedad con otros contratos bilaterales y no es necesario, pues, extenderse aquí al respecto⁽²⁰⁾, pero el de sociedad es el único contrato típicamente plurilateral (como recogiera Gayo, *tres faciunt collegium*, en el caso de las corporaciones de base personal), lo que permite tratar los vicios *que afecten al consentimiento o a la capacidad de algunos de los socios ordenando el mantenimiento del contrato entre los restantes*, esto es, la nulidad *parcial objetiva y subjetiva* del contrato de sociedad. En un contrato plurilateral, no es imperativo, pues, que la falta de consentimiento –o el carácter viciado de éste– de una de las partes deba provocar el fracaso de la formación de un contrato vinculante. *Siempre queda la posibilidad de considerar vinculados a los demás*⁽²¹⁾. Por tanto, incluso el vicio del consentimiento relevante no genera la nulidad del contrato⁽²²⁾.

La aplicación de las herramientas societarias de tratamiento de los vicios del consentimiento significa prácticamente que el socio que ha sufrido el error o es víctima del dolo *podrá provocar la disolución de la sociedad o separarse* (o ser excluido) *solo si reúne los requisitos* de la legislación societaria o los previstos en los estatutos para disolver o separarse (o para ser excluido) *recibiendo*, en todo caso, *su cuota de liquidación, no la restitución de su aportación*⁽²³⁾. Es decir, corre con los riesgos de la empresa social desde la constitución de la sociedad⁽²⁴⁾ y el vicio

(20) La restitución de lo que las partes se hubieran entregado recíprocamente, al no haber causa para las atribuciones correspondientes, no es posible prácticamente, en muchos casos como en los contratos en los que se intercambia dinero por un servicio - *do ut facias*- o por un «no hacer» o en los contratos en los que la prestación es consumida por la otra parte en el propio proceso de ejecución del contrato o se intercambia un precio a cambio del uso de una cosa -arrendamiento- intercambios que se articulan, normalmente, como contratos de duración. No obstante hay que distinguir entre los efectos *restitutorios* y los efectos *retroactivos*. La nulidad tiene ambos, pero la resolución solo los primeros. La razón, como ha explicado Pantaleón, es que la nulidad significa que ha de actuarse «como si» el contrato no hubiera existido y, por lo tanto, hay que retrotraer la situación de las partes al momento previo a la celebración del contrato. Por el contrario, la resolución implica que las prestaciones que se han ejecutado recíprocamente las partes devienen, por efecto de la resolución, carentes de causa, de manera que hay que proceder a restituirlos. Pero eso no significa que pueda actuarse, cuando se ha resuelto un contrato, como si el contrato no hubiera existido nunca V., PANTALEÓN, F. Resolución por incumplimiento e indemnización, ADC 1989, pp. 1143 a 1168. En las relaciones duraderas en las que la restitución de las prestaciones no es posible, como dice el parágrafo 313.3 BGB, «el derecho a la restitución se sustituye por el derecho a denunciar el contrato», esto es, se otorga al contratante un derecho potestativo cancelatorio que actúa sólo hacia el futuro, como es la *denuncia*. V., CAÑIZARES, A. *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, 2001.

(21) V., art. 1446 Codice civile italiano que, para los contratos plurilaterales prevé que «l'annullabilità che riguarda il vincolo di una sola delle parti non importa annullamento del contratto, salvo che la partecipazione di questa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale». V., ROBLES, RDM 1949 pp. 195 y 231.

(22) JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, Comentario, p. 37 ss., V., también, SÁNCHEZ PACHÓN, Causas de nulidad, pp. 561 ss.

(23) Dice OECHSLER que habrá que probar en el caso concreto si «el impedimento es realmente de suficiente gravedad como para que no sea razonable esperar que los socios se adhieran al contrato de sociedad» aunque la doctrina mayoritaria dice lo contrario porque «en contra de las valoraciones generales jurídico-civiles se vincula a los socios retroactivamente lo que exige que puedan desligarse del contrato para el futuro».

(24) KÜBLER, Derecho de Sociedades, pp. 552-553. Sobre la «justicia» de tal reparto de las pérdidas v., SCHÄFER, Staub-HGB 105, 343: «En el caso de las empresas de inversión, en particular... hay que tener

del consentimiento se «transforma» en una «justa causa» de disolución o separación (o de exclusión)⁽²⁵⁾. Además, ha de remitírsele a las acciones personales contra el causante del vicio del consentimiento padecido.

Como se habrá comprobado, negar que la consecuencia del vicio del consentimiento sea necesariamente la nulidad no se impone por el legislador para proteger a los terceros –a los que protege la necesidad de liquidación del patrimonio social antes de restituir nada a los socios– sino *para proteger a los socios ajenos al vicio*, esto es, aquellos que ni han sufrido el vicio del consentimiento ni lo han provocado⁽²⁶⁾. Es pues un «remedio» típicamente contractual.

Naturalmente, *en el caso de sociedades de dos socios*, si uno de los socios emplea dolo respecto del otro, el socio que ha sufrido el dolo no puede ser obligado a permanecer en la sociedad y podrá reclamar la disolución y que, en la liquidación, se le deje indemne, con cargo a la cuota de liquidación en primer lugar y con cargo al resto de su patrimonio finalmente, de los daños que le hubiera causado la maquinación engañosa del otro socio. No hay socios «inocentes» a los que proteger⁽²⁷⁾.

en cuenta que a menudo se ha engañado a un gran número de inversores, por lo que el patrimonio remanente debe repartirse de la forma más equitativa posible entre ellos, lo que sólo puede conseguirse mediante la aplicación de la doctrina de la sociedad nula».

(25) El socio engañado o que ha sufrido el error podrá provocar la disolución en el caso de las sociedades de personas (v., arts. 1705 y 1707 CC) y sólo tendrá acciones contra el socio o el tercero que le engañó o indujo a error en el caso de las sociedades de capital porque los vicios quedan sanados por la inscripción.

(26) La doctrina española más atenta (JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, Comentario, pp. 62-63) ha señalado que no puede tratarse de razones ni de protección de terceros ni de protección de los socios (una regulación que permitiera declarar la nulidad de la sociedad con el efecto disolutorio por cualquier causa de las generales del Derecho de contratos favorecería a los socios minoritarios que no tienen en su mano la posibilidad de disolver la sociedad ya que ésta requiere de acuerdo mayoritario) y aventuran que la *ratio* de la limitación se encuentre en «la conservación de las sociedades... como entes... capaces de desplegar una actividad económica; conservación que es considerada en sí misma social y económicamente beneficiosa. Se trata... de salvaguardar los puestos de trabajo... y... la riqueza que puede derivar de la actividad empresarial organizada...». Este argumento no parece muy convincente porque no corresponde al Derecho de Sociedades imponer la conservación de una empresa, *per se*, cuando puede ocurrir que lo más eficiente sea liquidarla y que esa sea la opción más eficiente es más probable cuando concurre una causa de nulidad o anulabilidad del contrato. Si el socio ha sufrido un vicio del consentimiento, difícilmente habrá adoptado una decisión racional al invertir en la sociedad. Por tanto, parece preferible la explicación que se funda en la necesidad de proteger los intereses de los socios «inocentes».

(27) En Derecho alemán, el parágrafo 142 HGB preveía en este sentido que el socio inducido con engaño a celebrar un contrato de sociedad puede reclamar para sí la adjudicación de la totalidad de la empresa social, esto es, la terminación de la relación societaria -disolución- sin liquidación. Se trata de un supuesto de sucesión universal porque el patrimonio social acrece al socio restante. En la nueva redacción prevista para el nuevo § 712 (1) BGB se prevé lo siguiente: «Si sólo queda un socio, la sociedad dejará de existir sin liquidación. El patrimonio de la sociedad pasará al socio restante por vía de sucesión universal en el momento de la retirada del penúltimo socio, si el socio restante ha declarado al penúltimo socio y para entonces, su voluntad de hacerse cargo del patrimonio de la sociedad».

Además, serán de aplicación los remedios indemnizatorios generales contra los que hubieran provocado el vicio del consentimiento o fueran causantes de la nulidad.

La aplicación concreta de estas herramientas a cada sociedad depende de que *se trate de una sociedad de personas o de una sociedad-corporación*. Es decir, mientras que el socio de una sociedad de personas puede disolver la sociedad *ad nutum* si es de duración indeterminada (arts. 1705-1707 CC) –por lo que las instituciones de la separación y exclusión de socios apenas tienen relevancia– el accionista o socio de una sociedad limitada no puede provocar la disolución si no dispone de la mayoría y solo puede separarse o ser excluido cuando así lo prevean la ley o los estatutos. Por tanto, no es la doctrina de la sociedad nula sino *el distinto ámbito de aplicación que tienen las herramientas societarias enumeradas (disolución, separación, exclusión...)* en las sociedades de personas y en las sociedades-corporaciones, lo que explica el distinto «juego» de las causas de nulidad en unas y otras pero no impiden construir la doctrina de la nulidad dentro de las reglas generales sobre nulidad de los contratos.

Así que, a mi juicio, no puede compartirse la opinión de los que sostienen que la doctrina de la sociedad nula incluye la reducción de las posibles causas de nulidad relevantes y que esta se refleja en el carácter *numerus clausus* de las recogidas en el art. 56 LSC, *numerus clausus* justificado por el control preventivo en la formación de la sociedad del notario y el registrador mercantil, y porque la ley suple determinadas menciones en caso de que los socios no las hayan referido en el contrato⁽²⁸⁾. El contenido del art. 56 LSC puede explicarse perfectamente sin necesidad de enmarcarlo en la doctrina de la sociedad nula. El precepto se limita a recoger las reglas generalmente aplicables a la nulidad de cualquier sociedad, pero reflejando las diferencias entre las sociedades-corporaciones de capital y las sociedades de personas. Al limitar el art. 56 LSC las causas de nulidad una vez inscrita la sociedad lo que está es reflejando que los miembros de una corporación (como sí podrían los miembros de una sociedad de personas) no pueden pedir la disolución –y liquidación– aunque concurren vicios que anularían el contrato de sociedad salvo que estén recogidos en ese precepto o en los correspondientes a las causas de disolución (arts. 360 ss.

(28) EIZAGUIRRE, Sociedad nula, p. 312: «cabe agrupar los defectos o vicios fundacionales en... vicios de carácter general, que tienen su fundamento en la disciplina general de los contratos, y vicios de índole especial o propiamente societarios». Obsérvese que sólo los segundos forman parte, propiamente, de la doctrina de la sociedad nula. Respecto de los «especiales o propiamente societarios», pp. 319 ss., están todos relacionados con la formación y atributos del patrimonio social. Y pp. 344 ss. donde agrupa las causas de nulidad -en el Anteproyecto de la Ley de sociedades anónimas de 1989- en causas «concernientes al núcleo objetivo-patrimonial» (no expresión de la denominación social, ilicitud y falta de expresión del objeto social, «incorrecta definición y constitución del patrimonio social») y «causas que atañen al perfil subjetivo-contractual», (incapacidad, falta de pluralidad de socios fundadores) además de las desaparecidas relativas a la irregularidad.

LSC)⁽²⁹⁾. Y lo mismo ocurre con los vicios del consentimiento que haya sufrido cualquiera de los socios⁽³⁰⁾.

Mantener en estos términos la discusión es importante porque pueden explicarse así *las diferencias en lo que a la nulidad del contrato de sociedad se refiere entre sociedades de personas y sociedades-corporaciones*. Estas diferencias no tienen que ver con la personalidad jurídica –con el elemento «real» de la sociedad– sino con sus diferencias en lo que a las reglas de «gobierno» se refiere. Mientras el gobierno de una sociedad de personas es contractual, el de una sociedad-corporación es «normativo» o, dicho en términos más expresivos, el patrimonio de una sociedad de personas lo gobiernan *individuos*-los socios–; el patrimonio de una sociedad-corporación lo gobiernan *reglas*. Pero las sociedades de personas y las corporaciones no se diferencian en su sustrato patrimonial. La personalidad jurídica es una institución unitaria: o hay un patrimonio dotado de capacidad jurídica y de obrar, o no lo hay. No hay personalidad jurídica «simple» y «corporativa» ni diversos grados de personificación. Concebir la doctrina de la sociedad nula en términos estrictamente patrimoniales (consecuencias para la persona jurídica de la nulidad del contrato que dio lugar a su formación) y no incluir en ella las normas contractuales que regulan la nulidad del contrato de sociedad evita la comisión de errores de todo tipo en la delimitación del ámbito de aplicación de cada una de las reglas. Empecemos por examinar la aplicación de las reglas de la nulidad contractual al contrato de sociedad.

III. NULIDAD Y SOCIEDAD INTERNA

Así pues, *nada hay de excepcional en los artículos 56 y 57 LSC en lo que se refiere a las causas de nulidad*: estos preceptos adaptan al contrato de sociedad y, en particular, a las sociedades-corporaciones las reglas generales sobre la nulidad de los contratos. Si disfrutáramos de una regulación de la nulidad de la sociedad incluida en los artículos 1665 ss. CC o en los artículos 218 ss. C. de c., ésta no sería diferente a la contenida en estos dos artículos de la ley de sociedades de capital sino por razón de las diferencias estructurales entre una sociedad de personas y una corporación.

(29) V., VEZIROGLU, Cem, *Buy-out of the Oppressed Minority's Shares in Joint Stock Companies: Comparative Analysis of Turkish, Swiss and English Laws* (August 9, 2017), disponible en <https://ssrn.com/abstract=3015723> y un resumen con comentarios en ALFARO, Jesús, Separación y disolución por justos motivos, en Derecho Mercantil 2017, <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2017/10/separacion-y-disolucion-por-justos.html>.

(30) V., no obstante, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo y DÍAZ MORENO, Alberto, La nulidad de la sociedad, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, dirs., Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, tomo III, Madrid 1995: señalan que «el verdadero fundamento del tratamiento propuesto para los casos de vicios de la voluntad de una concreta suscripción hay que buscarlo en la necesidad de defender la integridad del capital social en beneficio de terceros una vez que la cifra de dicho capital ha sido publicada en el Registro».

Para demostrarlo, vale recordar que en el Derecho Romano la sociedad era un contrato puramente obligatorio⁽³¹⁾. Por lo que no era necesario regular de forma específica su nulidad. Las reglas generales debían bastar. Dado que en la *societas* no hay bienes que formen un fondo común separado de los patrimonios individuales de los socios, la nulidad no genera ninguna necesidad de restitución. Lo que era de un socio al celebrarse el contrato sigue siéndolo cuando se declara la nulidad. Las contribuciones de los socios al fin común no se traducen en una transmisión de la propiedad de un bien o de la titularidad de un derecho. Si no hay transmisión, no es necesaria la restitución⁽³²⁾. La nulidad, simplemente, extingue el vínculo y obliga a reponer las cosas al estado en que se encontraban antes de que se celebrara el contrato. A lo anterior, hay que añadir, si hemos de hacer caso a Guarino, que la *societas* romana era típicamente bilateral por lo que la semejanza con los demás contratos no podía ser mayor⁽³³⁾.

Tampoco eran necesarias reglas especiales, en el caso de que el contrato de sociedad implicara que los socios devinieran *copropietarios de los bienes* empleados en la ejecución del contrato de sociedad (sociedad con comunidad de bienes) por ejemplo, porque la sociedad se hubiera contraído para llevar a cabo la adquisición de determinados bienes. En tal caso, las deudas y créditos que pudieran generarse por los socios en ejecución del contrato de sociedad con terceros *serían deudas y créditos de los socios*, no de la inexistente persona jurídica. Anulado el contrato de sociedad, igual que si se hubiera terminado por la llegada del término pactado, los

(31) V., en general, GUARINO, Società, *passim*. BABUSIAUX, U, Zum Konsenserfordernis bei der societas -methodische Bemerkungen zu einem altbekanntem Problem, In: Weber, Rolf H; Stoffel, Walter A; Chenux, Jean-Luc; Sethe, Rolf. Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts: Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag. Zürich 2017, pp. 767-784, <https://doi.org/10.5167/uzh-143363>. Nuestro codificador, como es sabido, atribuyó personalidad jurídica a la sociedad civil sólo *in extremis* mediante los arts. 1669 y 1670, sin duda influido por el previo Código de Comercio y leyes de sociedades dictadas en el siglo XIX que habían reconocido personalidad jurídica a las sociedades mercantiles de personas, v., por todos, con más indicaciones PAZ-ARES, Cándido, Comentario al art. 1669 CC, en AAVV, Comentarios del Código Civil, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid 1991.

(32) PAZ-ARES, Sociedad de hecho, p. 6305: «el carácter meramente obligacional de la relación permite confiar el tratamiento de sus vicios a las reglas generales (arts. 1300 y ss. CC) complementadas en su caso con las especialidades elaboradas para las relaciones obligatorias de duración y con la doctrina general de la representación aparente...». No se entiende la doctrina alemana más antigua en este punto, v., SCHMIDT, AcP 186(1986) pp. 432 ss., dice con razón -en su esquema teórico de la personalidad jurídica- que «dass die Innengesellschaft niemals -wie eine juristische Person der eine Gesamthandts-gesellschaft- Rechtsträger sein kann», no puede aplicarse una doctrina que presupone la existencia de un «Rechtsträger», o sea de una persona jurídica. Pero luego se pronuncia confusamente a favor de aplicar la doctrina a una «verbandsrechtlich verfasste Innengesellschaft», o sea a una sociedad interna configurada como una corporación, esto es, con órganos. El problema es que no sabemos qué reglas de la doctrina de la sociedad nula considera aplicables. Parecería que se refiere no sólo a la liquidación del patrimonio, sino a la sustitución de la resolución -efectos retroactivos- por la denuncia -efectos hacia el futuro- para dar por terminado el contrato.

(33) GUARINO, A, Solutio Societatis, Labeo, 14(1968) pp. 139-166; ALFARO, J., Denuncia unilateral y derecho de separación en las sociedades de personas, *Almacén de Derecho*, 2020, <https://almacenederecho.org/denuncia-unilateral-y-derecho-de-separacion-en-las-sociedades-de-personas>.

bienes habrán de *dividirse* entre los copropietarios⁽³⁴⁾. Si la copropiedad se constituyó por razón de la celebración del contrato de sociedad, una vez terminado éste, debe presumirse que es la voluntad de los socios-comuneros proceder a la extinción, también, de la comunidad. De nuevo, la celebración del contrato de sociedad con comunidad de bienes sobre cada uno de los bienes (art. 392 CC) utilizados por los socios para perseguir el fin común carece de efectos externos.

El problema es que nuestro codificador civil optó, *in extremis* por atribuir personalidad jurídica a la sociedad civil (art. 1669 CC) pero *no incluyó una regulación de las consecuencias patrimoniales de la nulidad del contrato de sociedad civil* cuando los socios no hubieran excluido la formación de una persona jurídica al celebrar el contrato (art. 1699 CC en relación con el art. 39 CC)⁽³⁵⁾. Esta regulación de la suerte que había de correr la personalidad jurídica si el contrato de sociedad que la generó era nulo no podía encontrarse en las instituciones *contractuales* de la disolución, la separación y la exclusión de socios porque ninguna de ellas está ligada a la formación de un patrimonio que se inserta en el tráfico. De forma que el codificador creó, si se permite la expresión, una «laguna»: la regulación de la sociedad nula no era necesaria cuando la sociedad civil era una mera *societas* pero devino una necesidad cuando el codificador atribuyó personalidad jurídica a la sociedad civil.

IV. NULIDAD Y SOCIEDAD EXTERNA O CON PERSONALIDAD JURÍDICA: LA NECESIDAD DE LIQUIDAR EL PATRIMONIO ANTES DE RESTITUIR SUS APORTACIONES A LOS SOCIOS

Las cosas cambian si el contrato de sociedad ha generado una persona jurídica. La aplicación de las reglas generales llevaría a proceder a la restitución de las prestaciones (el efecto retroactivo de la nulidad) y a deshacer todos los contratos celebrados por la sociedad con terceros desde su nacimiento, al haber sido estos celebrados *bajo la condición implícita de que se celebraban con efectos sobre un patrimonio distinto del patrimonio del contratante* (que es el administrador de la sociedad). Si se ha formado una persona jurídica como consecuencia de la celebración de un contrato de sociedad y éste se declara nulo, habría que considerar que *el patrimonio dotado de capacidad jurídica la pierde con efectos retroactivos* y lo realizado por los agentes

(34) Los patrimonios se liquidan pero los bienes en copropiedad se dividen. V., GUARINO, Antonio, *Diritto Privato Romano. Lezioni Istituzionali di Diritto Romano* 2.ª ed. 1963; MIQUEL, José M.ª, Voz División (Acción de división), EJB, Madrid 1985, tomo II pp. 2555 ss.; MIQUEL, José M.ª, Comentarios al Código Civil, ALBALADEJO (dir.), vol. V. 2.º, Madrid 1985; MIQUEL, José M.ª, Comentario del CC, Ministerio de Justicia, Vol. I, Madrid 1991, arts. 392-406; MIQUEL, José M.ª, Voz, Comunidad de bienes, EJB, Madrid 1995, vol. I, pp. 1314 ss.

(35) V., PAZ-ARES, C., Comentario al art. 1669 CC, en AA.VV., Comentarios del Código Civil, Ministerio de Justicia, tomo II, 1991 y PANTALEÓN, F., Asociación y sociedad (A propósito de una errata en el Código Civil), ADC 1993, pp. 5-56, esp., p. 27 ss. El art. 39 CC parece referirse sólo a las sociedades-corporaciones, no a las sociedades de personas cuando regula el destino que ha de darse a los bienes de la asociación a la extinción del contrato.

de ese patrimonio debe ser deshecho como si nunca hubiera existido un sujeto de imputación⁽³⁶⁾. Es evidente que esta solución es incompatible con la seguridad del tráfico jurídico⁽³⁷⁾. Para los terceros acreedores del patrimonio social, la disolución o la nulidad del contrato de sociedad y, en general, cualquier vicisitud que afecte al contrato social es *res inter alios* (los socios) *acta*, que *alii* (los patrimonios que se relacionan con el patrimonio social) *non nocet*⁽³⁸⁾.

Es pues, *la intangibilidad de la esfera jurídica de los acreedores* la que impide a los socios proceder a la restitución de las aportaciones sin la previa liquidación –pago– de las deudas que pesan sobre ese patrimonio (liquidación en sentido estricto)⁽³⁹⁾. No es posible restituir las aportaciones a los que las hicieron porque éstas «ya no están», sino que se hallan unidas (gracias al fin común que caracteriza el contrato de sociedad) a otros bienes y derechos, créditos y deudas de forma inseparable. Los bienes aportados se han «transformado» en elementos que «pertenecen» al patrimonio en el sentido de que forman parte de él⁽⁴⁰⁾. Incluso si no se han desembolsado,

(36) «... siguiendo rigurosamente razonamientos de jurisprudencia conceptual, la nulidad de una sociedad debería conllevar la restitución de las aportaciones a los socios pero, además, al suponer la desaparición de la organización nacida del contrato, habría de provocar la nulidad de las relaciones jurídicas entabladas entre los terceros y la apariencia... de sociedad. Ello, a su vez, impondría la necesidad de la restitución... de las respectivas prestaciones». JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo/DÍAZ MORENO, Alberto, La nulidad de la sociedad, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, dirs, Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, tomo III, Madrid 1995, p. 26; PAZ-ARES, Sociedad de hecho, pp. 6305-6306: «la aplicación mecánica de las normas generales al tratamiento de los vicios fundacionales encuentra en la realidad del tráfico una resistencia prácticamente invencible».

(37) Sobre los conceptos de seguridad jurídica y seguridad del tráfico sigue siendo fundamental el trabajo de PAZ-ARES, Cándido, Seguridad jurídica y seguridad del tráfico, Revista de derecho mercantil, nos 175-176(1985), pp. 7-40.

(38) Por eso es una mala doctrina la que afirma que, una vez inscritos en el Registro Mercantil, los estatutos sociales son oponibles a terceros. Los terceros pueden utilizar lo inscrito y asumir que lo que no está inscrito debiendo estarlo no existe (principio de publicidad del registro) pero eso no significa que los socios puedan oponer a los terceros el contenido de los estatutos V., ALFARO, Jesús, Una resolución de la Dirección General casi revolucionaria Derecho Mercantil, 2020, <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/07/una-resolucion-de-la-direccion-general.html>.

(39) V., ALFARO, J., Una nota sobre el concepto de liquidación, en Almacén de Derecho, 2021, <https://almacenderecho.org/una-nota-sobre-el-concepto-de-liquidacion>.

(40) La bibliografía en España sobre el patrimonio es escasa y el concepto adolece de una insuficiente teorización lo que ha reducido su utilización para explicar las instituciones de nuestro derecho privado. Las mejores páginas son, a mi juicio, las escritas por DE CASTRO, F. Temas de Derecho Civil, Madrid 1972, pp. 35 ss. (resumido en ALFARO, J., Patrimonio y persona jurídica en Federico de Castro, *Almacén de Derecho* 2019, disponible en <https://almacenderecho.org/patrimonio-y-persona-juridica-en-federico-de-castro>; v., además, ARROYO, E., Los patrimonios financieros y el trust. RCDI, 693 (2006) pp. 11-61 donde se resumen las doctrinas sobre el patrimonio y se describe con detalle la que asocia el patrimonio a la personalidad y más detalles sobre Zacharia en DE LOS MOZOS, J. J., *La unidad del patrimonio y el trust, de la fiducia, el fideicomiso y el trust*. Tesis Doctoral, Valladolid 2015, pp. 306 ss.; ARROYO, E., Dos principios básicos para la incorporación del trust en España: el patrimonio de destino y la limitación de la responsabilidad en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación / coord. por Martín Garrido Melero, Josep María Fugardo Estivill, Vol. 3, 2005 (Forma y seguridad jurídica. Los patrimonios en el derecho internacional y comparado. Fiducias y «trust»), pp. 601-650 <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/16692>; RIVERO, F, *Teoría general del patrimonio*

las aportaciones figurarán como créditos del patrimonio social y la liquidación de éste exigirá, naturalmente, su cobro si es necesario para atender a los acreedores⁽⁴¹⁾. Sólo en el caso de que el patrimonio social no se hubiera modificado en absoluto (lo que es altamente improbable porque los gastos de constitución de la sociedad se cargan a dicho patrimonio) podría considerarse contraria a la buena fe la negativa a restituir a cada socio lo aportado (v., art. 40 LSC) y, en todo caso, la protección de los terceros estaría asegurada, simplemente, haciendo responder a los socios de las deudas sociales por haberse repartido el patrimonio social antes de proceder a la liquidación.

Y es que la preferencia de los acreedores sobre el patrimonio social respecto de los socios es tan evidente como *la preferencia de los acreedores del causante sobre los herederos en relación con el patrimonio que es la herencia* y pueden trasladarse al Derecho de Sociedades las observaciones que sobre la aceptación de la herencia a beneficio de inventario se han realizado por la mejor doctrina, esto es, que la responsabilidad limitada del heredero no se asocia a la obtención del beneficio de inventario sino a la pérdida del mismo por haber confundido su patrimonio con el del causante⁽⁴²⁾. Del mismo modo, los socios que «confunden» su patrimonio con el patrimonio social –retirando sus aportaciones antes de haber procedido a la liquidación del patrimonio social– pierden el beneficio de la responsabilidad limitada.

El interés legítimo de los socios en estas circunstancias no puede ser el de ser preferidos respecto de los acreedores en el pago de su crédito (a la restitución). Ha de ser, sólo, *el de ser tratados igualitariamente con los demás socios*⁽⁴³⁾. Y a este fin se orientan las normas sobre la liquidación en sentido amplio (realizar las operaciones de liquidación del patrimonio que aseguren el reparto proporcional del remanente).

V. LA SOCIEDAD NULA Y LA CONSIDERACIÓN DEL CONTRATO DE SOCIEDAD COMO CONTRATO DE ORGANIZACIÓN

Hasta aquí se ha expuesto la doctrina de la sociedad nula sin haber hecho referencia alguna a la inscripción registral. La verdad es que, examinada la cuestión con detalle, lo que habría que preguntarse es por qué habría de ser relevante la inscripción registral para que resultara aplicable la doctrina de la sociedad nula. Si de lo que se trata

en AA.VV. El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación / coord. por Martín Garrido Melero, Josep María Fugardo Estivill, Vol. 1, 2005 (Los patrimonios y la responsabilidad. Administración y gestión. Persona jurídica y patrimonio, pp. 45-138, pp. 47 ss. y especialmente, para la exposición de las «teorías» sobre el patrimonio, pp. 88 y siguientes.

(41) Como señala SCHÄFER (Staub-HGB, 105, 325)... «El patrimonio social... tiene un significado central tanto para las relaciones internas como para las externas ya que los acreedores tienen preferencia para cobrarse sus créditos con cargo a él. Una división del principio de la mano común entre relaciones internas y externas carece de sentido».

(42) PEÑA, M., La herencia y las deudas del causante, Granada 2008, *passim*.

(43) V., OECHSLER, NJW 2008, 2471.

es de proteger el tráfico de la eventual nulidad del contrato de sociedad que generó un patrimonio separado y dotado de capacidad de obrar, lo único relevante debe ser que se haya formado una persona jurídica, no que la sociedad se haya inscrito en el Registro Mercantil.

La perplejidad desaparece si se tiene en cuenta que, históricamente, *adquisición de la personalidad jurídica e inscripción en el Registro Mercantil han estado estrechamente ligadas*. No tiene sentido reproducir aquí la que podría llamarse «historia alemana de la personalidad jurídica y la comunidad en mano común». Baste recordar que el Derecho alemán –de forma singular entre los Derechos continentales– reservó el *nomen* «persona jurídica» (*Rechtsperson*) para las sociedades-corporaciones, esto es, básicamente para la sociedad anónima y luego la limitada y rechazó hasta prácticamente el siglo XXI que las sociedades de personas tuvieran personalidad jurídica. No es que no reconocieran capacidad jurídica y de obrar a las sociedades colectivas (*OHG*) e incluso a las sociedades civiles (*BGB-Gesellschaft*). Es que atribuían esa capacidad a un efecto de la constitución de una «comunidad en mano común» (*Gesamthand*) sobre el patrimonio social por parte de los socios⁽⁴⁴⁾.

Así las cosas, los alemanes no pudieron explotar la teoría del patrimonio y de la persona jurídica para explicar instituciones como la de la sociedad nula. Para poder incorporar esta doctrina desde el Derecho francés tuvieron que sustituir la distinción entre aspectos contractuales y aspectos reales del Derecho de Sociedades por la construcción dogmática del contrato de sociedad como un *Organisationsvertrag*, como un contrato «organizativo»⁽⁴⁵⁾. Si el contrato de sociedad pone en marcha una organización –se dice–, las normas sobre nulidad y anulabilidad que son aplicables, en principio, a la relación obligatoria que también es el contrato de sociedad quedan desplazadas por las normas aplicables a la «organización

(44) De esta cuestión me he ocupado extensamente en algunos trabajos anteriores, entre ellos v., ALFARO, J., Flume y las personas jurídicas: (i) su tesis, *Almacén de Derecho*, 2019; ALFARO, J., La comunidad en mano común y las sociedades de personas, *Almacén de Derecho*, 2020, <https://almacenederecho.org/la-comunidad-en-mano-comun-y-las-sociedades-de-personas>, y ALFARO, J., La personalidad jurídica en El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades, *InDret*, 1(2016). El Derecho francés y el español de la Codificación reconocieron inmediatamente personalidad jurídica a las sociedades mercantiles de personas de manera que se «ahoraron» la deformación de la arcaica figura de la «comunidad en mano común» que tuvieron que llevar a cabo los alemanes para dar forma a la capacidad jurídica y de obrar que se reconocía –como no podía ser de otra forma– a las sociedades mercantiles. Pero otros derechos vincularon la adquisición de personalidad jurídica a la inscripción en el Registro mercantil. V., ANGELICI, C., *Società nulla*, p. 11 que cita a FRÉ diciendo que «el acto constitutivo es sin duda un contrato *hasta el momento* en que la sociedad se inscribe en el registro mercantil, pero a partir de ese momento, el contrato viene, por decirlo así, absorbido por un hecho nuevo que es el del surgimiento de una persona jurídica societaria» y añade que es análogo el planteamiento de Kraft en Alemania en el *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*.

(45) V., además de SCHÄFER, (nota anterior), FLEISCHER/THOMA, *Fehlerhafte, passim*. Véase también la expresión de GIRÓN, J., *Derecho de Sociedades*, Madrid 1975, p. 261; KÜBLER, *Derecho de sociedades*, Madrid 2001, p. 545, con cita de ULMER, *GrossKomm HGB 105*, n.º 333 ss.) y a cómo este carácter exige inaplicar las reglas de la nulidad contractual.

jurídico-societaria» y hace que sea necesario, simplemente, proceder a la disolución y liquidación *ex nunc*⁽⁴⁶⁾.

Se demostrará que la doctrina alemana llega a resultados semejantes a los aquí alcanzados porque, en realidad, las referencias al carácter organizativo del contrato de sociedad como justificación de las consecuencias jurídicas es «jarabe de pico» ya que éstas se extraen de la formación de un patrimonio separado como consecuencia de la celebración del contrato de sociedad y la promesa de aportar por parte de los socios, y *no estrictamente del carácter organizativo del contrato de sociedad*. En consecuencia, la doctrina mayoritaria alemana no explica limpiamente el papel de la inscripción registral. Porque si la doctrina de la sociedad nula se aplica a todos los tipos societarios, ¿cómo puede justificarse en la inscripción de la sociedad en el registro mercantil para los tipos societarios en los que ésta no es imprescindible para la formación del patrimonio separado o ni siquiera posible? Y ¿cómo se explica su aplicación a la sociedad en formación o a la asociación, que son corporaciones cuya personalidad jurídica corporativa no depende de la inscripción?

Y es que el contrato de sociedad no es un contrato organizativo porque genere una persona jurídica como un efecto «organizativo» de su celebración, sino porque su contenido está formado, en gran medida, *por reglas organizativas*, esto es, por reglas sobre *cómo y por quién se tomarán decisiones sobre los asuntos objeto del contrato de sociedad* y fundamentalmente sobre el patrimonio social: *cómo y por quién se tomarán las decisiones sobre ese patrimonio y cómo se elige, vigila y destituye a los que actuarán en el tráfico con efectos sobre ese patrimonio*⁽⁴⁷⁾.

Pero el presupuesto de aplicación de la doctrina de la sociedad nula *no es la celebración de un contrato organizativo*-también la sociedad interna está fundada en un contrato organizativo en el sentido de que contiene reglas sobre cómo tomar decisiones sobre los asuntos sociales— *sino la formación de un patrimonio al que se dota de capacidad de obrar*, o sea, la erección de una persona jurídica. Y, por esta razón, la mejor exposición de esta cuestión en la doctrina alemana es la de Ulmer, que *concentra el «efecto organizativo» en la formación de un patrimonio separado*. Así dirá que «a través del acto de constitución de una sociedad externa, los socios pierden el poder de disposición ilimitado sobre relaciones que van más allá de su

(46) Para lo que sigue, he utilizado básicamente la exposición de SCHÄFER, que es el autor del Comentario Staub al Código de Comercio, a su parágrafo 105, números de margen 315 ss. Y, del mismo autor, MüKoBGB/Schäfer BGB § 705, Rn 347 ss., especialmente, para lo que sigue, números de margen 354 ss. En la doctrina italiana, puede verse la construcción de ANGELICI, Società nulla, que tiene tal nivel de abstracción y emplea tal cúmulo de conceptos ad hoc para explicar la sociedad nula que me ha resultado incomprensible.

(47) En contratos muy incompletos como el de sociedad, se sustituyen las reglas que prescriben o prohíben comportamientos por reglas que atribuyen competencias de decisión. Poner en marcha una organización ahorra extraordinariamente en costes de regulación en el momento de la celebración del contrato., v., ALFARO, J. Los problemas contractuales en las sociedades cerradas, InDret 4.2005 y la mejor teorización de los contratos que generan una corporación es la de VANBERG, V. J., *Las organizaciones como sistemas constitucionales*, Revista Libertas 31 (Octubre 1999).

relación interna» y usa la doctrina de la *protestatio facto contraria*: no se puede, por un lado, constituir un patrimonio que se pone en relación con terceros y pretender dar eficacia retroactiva a un vicio del contrato obligatorio que generó tal patrimonio con el efecto de anular las vinculaciones con los terceros. Los socios «deben atenerse a las reglas sobre el patrimonio separado que han creado y al contrato que han celebrado hasta tanto no se haga valer el vicio...»⁽⁴⁸⁾.

¿Cómo afecta este fundamento a la aplicación de la doctrina de la sociedad nula. De dos formas. En primer lugar, afecta al «momento» a partir del cual se aplica dicha doctrina, esto es, al momento a partir del cual ha de procederse a la liquidación del patrimonio social antes de restituir sus aportaciones a los socios (*infra* 6). En segundo lugar afecta al valor de la inscripción registral en las sociedades de capital (*infra* 7).

VI. EL NACIMIENTO DE LA PERSONA JURÍDICA Y LA FORMACIÓN DEL PATRIMONIO SEPARADO

Como la doctrina alemana no reconoce formalmente personalidad jurídica a todas las sociedades externas tiene que anudar la aplicación de la doctrina de la sociedad nula en el ámbito de las sociedades de personas, no a la constitución de la sociedad –a la celebración del contrato de sociedad– sino a la inscripción en el registro mercantil, en el caso de las sociedades de capital y de la sociedad colectiva y, en el caso de la sociedad civil, a que «se haya ejecutado» el contrato de sociedad o a la «efectiva puesta en marcha de la organización social»⁽⁴⁹⁾. Es decir, en el momento en el que los designados administradores *empiezan a actuar en el tráfico en nombre de la sociedad*. No es suficiente la «simple formación del patrimonio social»⁽⁵⁰⁾. En la

(48) Esta aportación de Flume y Ulmer se generalizó afirmándose que la doctrina de la sociedad nula es un principio general del Derecho de sociedades entendido como derecho de las organizaciones, lo que permite elaborar la doctrina de la sociedad nula sobre la base de principios aplicables a todos los tipos societarios (de sociedades externas).

(49) SCHMIDT, AcP 186(1986), p. 425 citando una sentencia de 1935 del Reichsgericht: «bei schon in Vollzug gesetzten gesellschaftsrechtlichen Gebilden...» PAZ-ARES, Sociedad de hecho, p. 6307. En la doctrina italiana, por todos, BONANNO, Nullità, p. 132; ANGELICI, Società nulla, pp. 35-37: hay que distinguir entre «l'ipotesi della società "non eseguita"» in cui non vi sarebbero ostacoli alla utilizzazione della disciplina generale della invalidità, e quella della società «eseguita»: solo in questo momento sorge il problema di tutelare i terzi e solo allora appaiono le difficoltà pratiche di una operatività ex tunc della anomalia negoziale.

(50) KÜBLER, Derecho de sociedades, p. 547; SCHÄFER, MüKoBGB/SCHÄFER BGB § 705 Rn. 331; contra, en el sentido del texto, distinguiendo entre sociedad colectiva y sociedad civil (recuérdese que en Derecho alemán, el § 123 HGB anuda la eficacia de la sociedad colectiva a su inscripción en el registro mercantil) OECHSLER: «streitig ist ob die Bildung von eigenem Vermögen der GbR (Gesamthandsvermögen) ausreicht. Ist jedoch zu bejahen: Dadurch, dass der GbR Forderungen oder das Eigentum zugeordnet sind, sind die Schutzzwecke der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft berührt»; ULMER en el Fs Flume II, non vidi, apud SCHMIDT, AcP 186(1986) p. 441: la aplicación de la doctrina de la sociedad nula depende de la constitución del patrimonio social. SCHMIDT [AcP 186 (1986) p. 441], erróneamente a mi juicio, se

doctrina italiana se distingue entre el «acto constitutivo» –la celebración del contrato de sociedad– y «el desarrollo de la actividad», distinción que parece semejante a la que realiza la doctrina alemana⁽⁵¹⁾.

Entre nosotros, en algunos autores se lee que lo relevante es la «ejecución» del contrato de sociedad imputable a –con la aprobación de– todos los socios y que, a tal efecto, sería bastante con que se hubieran realizado las aportaciones. Pero todos admiten que basta con que se hayan realizado «negocios jurídicos preparatorios» de la participación del fondo común en el tráfico jurídico para que sea aplicable la doctrina de la sociedad nula⁽⁵²⁾.

Al lector atento le habrá venido a la cabeza la discusión que tuvo lugar hace décadas en relación con el *nacimiento* de la personalidad jurídica. Frente a la tesis de Girón y otros que exigía la «publicación» de la sociedad, esto es, su participación en el tráfico, Paz-Ares afirmó que la persona jurídica se erige –que el patrimonio se separa del patrimonio individual de los socios– en el mismo momento en que se celebra el contrato de sociedad. Porque aceptar la tesis de la «publicación» implicaría que no sabríamos a ciencia cierta cuándo nace la persona jurídica; no podríamos responder a preguntas como ¿cuándo dejan de ser los bienes aportados por los socios propiedad de los socios para serlo de la sociedad? ¿Cuándo se imputan los créditos o las deudas al patrimonio social? ¿Cuándo empieza a responder el patrimonio social? Y, sobre todo, si la personalidad se adquiere

manifiesta en contra porque dice que la «característica de la formación de un patrimonio social es propia de las personas jurídicas corporativas y personalistas y refleja sólo una situación típica, pero no la única». A su juicio lo relevante es «el fundamento corporativo» - *verbandrechtliche Grundlage*- y ese fundamento existe desde que se pone en funcionamiento (*Ingangsetzen*) una organización corporativa («*verfassten Organisation*»).

(51) La discusión italiana puede verse en ANGELICI, C. *Discorsi di Diritto Societario* (2008). En AA.VV. *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de Commerce*, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1394420, resumido y comentado en ALFARO, J., *Angelici sobre personalidad jurídica y Derecho de Sociedades*, en *Derecho Mercantil*, 2019, <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2019/04/angelici-sobre-personalidad-juridica-y.html> v., también, ANGELICI, C. *Variazioni su responsabilità e irresponsabilità del socio*, 2010, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1530746 y comentado en ALFARO, J., *Cuestiones sobre la responsabilidad de los socios por las deudas sociales en las sociedades de personas*, *Derecho Mercantil*, 2019, <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2019/04/cuestiones-sobre-la-responsabilidad-de.html>.

(52) PAZ-ARES, *Sociedad de hecho*, p. 6307: «ha de entenderse suficiente la realización de negocios jurídicos con terceros, aunque éstos tengan naturaleza meramente preparatoria (en las sociedades de capital, bastará la inscripción en el registro). No parece en cambio que pueda reputarse condición bastante la mera ejecución del contrato en el ámbito interno mediante la prestación de las aportaciones prometidas por los socios». GIRÓN pone en el centro de la doctrina de la sociedad nula la «efectiva puesta en práctica» (*Derecho de sociedades*, p. 263). Girón señala «Si un socio puede anular su vinculación por un vicio -error o dolo- y no ha aportado aún aquello a que se comprometió», si se admite «que se le pueda obligar a aportar... lo que ocurriría es que se provocarían las anomalías que hacen inevitable la técnica de las sociedades de hecho, en vez de partirse de que éstas venían dadas de antemano... Asimismo, una aportación consistente en bienes que permanecen inalterados y sin que las obligaciones contraídas por la sociedad... justifique su conversión en dinero, no necesita someterse... (a)... liquidación y puede ser devuelta a su titular», GIRÓN, *Derecho de Sociedades*, p. 265.

actuando, ¿cómo puede actuar alguien –la sociedad– que no tiene personalidad jurídica hasta que no actúa? ¿Cómo podrían reclamar los administradores a los socios que desembolsen la aportación prometida? ¿Con efectos sobre qué sujeto estarían actuando los administradores cuando reclaman a los socios el desembolso de la aportación?

Pues bien, anudar la aplicación de la doctrina de la sociedad nula al inicio del desarrollo del objeto social (*Geschäftsbeginn*) como hace la doctrina alemana mayoritaria, es, a mi juicio, incorrecto. Y la concepción que aquí se ha defendido de la sociedad nula y la personalidad jurídica llevan a concluir que la doctrina de la sociedad nula será de aplicación desde el momento de la constitución de la sociedad porque en ese momento se formará la persona jurídica: en ese momento se forma el patrimonio con las aportaciones que realizan o han prometido realizar los socios; el patrimonio ostenta la calidad de sujeto de imputación de derechos y obligaciones patrimoniales y desde ese momento, como se verá inmediatamente, el patrimonio social está dotado de capacidad de obrar⁽⁵³⁾.

VII. LA IRRELEVANCIA DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA SOCIEDAD NULA

Si lo que se acaba de afirmar es correcto, la doctrina alemana que pone el énfasis en la inscripción registral tampoco parece aceptable en nuestro Derecho, sencillamente porque *nuestro Derecho no anuda la adquisición de la personalidad jurídica a la inscripción registral ni siquiera en las corporaciones*.

Es cierto que el momento en el que se forma la persona jurídica es conceptualmente distinto en las sociedades de personas y en las sociedades de capital-corporaciones. En las primeras, en nuestro Derecho, tal momento coincide *ministerio legis* con la celebración del contrato de sociedad. La razón es simple de explicar. *Las sociedades de personas nacen ya con capacidad de obrar* en el sentido que he explicado más arriba: *nacen ya dotadas de los individuos que van a gobernar el patrimonio social y pueden ponerlo en relación con otros patrimonios porque los socios son administradores «natos»*⁽⁵⁴⁾. Por tanto, no hay duda de que, desde el momento de la celebración del contrato de sociedad, hay un patrimonio personificado, esto es, un patrimonio al que se le pueden imputar derechos y obligaciones patrimoniales y dotado de capacidad de obrar porque los socios pueden actuar en el tráfico con efectos sobre el mismo.

En las sociedades de capital, la situación es distinta porque el patrimonio formado por las aportaciones de los socios *no tiene «quien lo gobierne»* en el momento en

(53) Que en la inmensa mayoría de los casos, la solución que se aplique sea la misma sea cual sea la tesis que se siga no es relevante. *Covert tools are not reliable tolos*.

(54) ALFARO, Jesús, La doctrina de los órganos sociales: autoorganicismo y heteroorganicismo, *Almacén de Derecho*, 2017-2021, <https://almacenderecho.org/la-doctrina-los-organos-sociales-autoorganicismo-heteroorganicismo>.

el que se constituye la sociedad. Los socios han de dotar al patrimonio no solo de reglas de gobierno sino que han de designar a los individuos que pueden proporcionar al patrimonio social la capacidad de obrar. Esto sucede –ambas cosas [art. 22.1 e) LSC]– *con el otorgamiento de la escritura pública* (sociedad en formación)⁽⁵⁵⁾. El contrato de sociedad anónima o limitada es un contrato formal⁽⁵⁶⁾.

La conclusión no se deja esperar: Si la sociedad en formación es una sociedad con personalidad jurídica y dotada de reglas de gobierno de su patrimonio de carácter corporativo (reglas para gobernar –tomar decisiones sobre– el patrimonio en lugar de individuos), se confirma que la inscripción registral es irrelevante a los efectos aquí discutidos. Las sociedades de capital adquieren la personalidad jurídica relevante a los efectos de aplicar la doctrina de la sociedad nula con el otorgamiento de la escritura pública.

De esta forma se puede cerrar el círculo: para que sea aplicable la doctrina de la sociedad nula basta con que se haya formado el patrimonio separado y se le haya dotado de capacidad de obrar. Tal ocurre en las sociedades de personas con la celebración del contrato. En las sociedades de capital tal ocurre con el otorgamiento de la escritura pública.

Por tanto, *la adquisición de la personalidad jurídica corporativa no se anuda por nuestro legislador a la inscripción en el Registro Mercantil*⁽⁵⁷⁾. Lo que la inscripción provoca es –a lo más– la «transformación» del «tipo de la sociedad en formación» que, no se olvide, es un tipo corporativo, en la sociedad definitiva, anónima o limitada. La transformación, recuérdese también, es la única modificación estructural que no afecta a la personalidad jurídica de la sociedad, solo a las reglas de gobierno

(55) Además de las referencias en las notas siguientes, v., CARBAJO, F., La sociedad en extinción. Extinción societaria y concursal de sociedades de capital, RdS 62 (2021) pp. 127-176, p. 151, nota 56: «mientras las sociedades personalistas nacen con el contrato... en las sociedades de capital la constitución de la organización... se vincula al otorgamiento de escritura pública (requisito formal que tiene eficacia constitutiva ex artículos 19 y 20 TRLSC)».

(56) Como dice Sáez, la función de la forma (escritura pública) no es la de proteger frente al apresuramiento a los contratantes/socios. Si así fuera, habría que exigir la escritura pública con mayor razón para constituir una sociedad colectiva, en las que la responsabilidad de los socios es ilimitada (art. 127 C de c). Se trata de generar certidumbre a los terceros en relación, sobre todo, con el momento de la constitución del patrimonio separado de la sociedad anónima o limitada.

Además, naturalmente, de la garantía del cumplimiento de las normas legales que corresponde a la intervención del notario. El contenido de los estatutos y de la escritura de constitución se encuentra listado -como mínimo obligatorio- en los arts. 22 y 23 LSC. SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel, La sociedad mercantil en formación, Madrid 2001, pp. 62 ss. y p. 212.

(57) Como explica SÁEZ, Sociedad en formación p. 353, con la inscripción, «la sociedad en formación es ya una sociedad de capitales definitiva sometida sin restricciones al régimen dispuesto a tal fin por el ordenamiento... hay continuidad en la situación patrimonial. Tanto el patrimonio social como el capital social tienen la misma configuración... antes y después de la inscripción...». Y los conceptos jurídicos válidos para explicar esta continuidad no pueden ser ni los de transmisión ni los de sucesión universal porque con ellos «se da a entender que estamos en presencia de un cambio de sujeto (*rectius*, un cambio en la titularidad del patrimonio), de tal forma que la sociedad que celebró tales negocios antes de la inscripción es otro sujeto jurídico distinto de la sociedad resultante de la inscripción».

del patrimonio social. La inscripción, pues, no modifica en absoluto la estructura patrimonial de la sociedad de capital. Hay continuidad⁽⁵⁸⁾. Se explica así el verdadero sentido de la afirmación –dogmática más que normativa– del art. 33 LSC cuando dice que con la inscripción «la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido». Significa que con la inscripción, serán aplicables al *gobierno* del patrimonio social, definitivamente y sin las especialidades de la ley para la sociedad en formación, las reglas de gobierno del tipo corporativo elegido por las partes (sociedad anónima o limitada)⁽⁵⁹⁾.

Si los socios «programan» constituir una sociedad anónima o limitada y proceden a celebrar el contrato, acordar los estatutos y designar administradores pero no otorgan la escritura pública, no estaremos ante una sociedad anónima o limitada en formación pero no cabe duda de que estaremos ante una persona jurídica a la que le será aplicable la doctrina de la sociedad nula.

Si, finalmente, la sociedad se documenta en escritura pública pero no se inscribe y deviene irregular, art. 39 LSC, la personalidad jurídica no se ve afectada. Es decir, la irregularidad no hace que el patrimonio social pierda ni la capacidad de obrar, ni la capacidad jurídica. Sólo se ven afectadas las reglas de gobierno del patrimonio en la medida en que las corporativas sean incompatibles –que no lo son o lo son en muy escasa medida– con las normas del Código de Comercio o el Código Civil sobre la sociedad colectiva o civil respectivamente⁽⁶⁰⁾.

(58) SÁEZ, Sociedad en formación p. 353.

(59) V., con más referencias a la doctrina mayoritaria, CARBAJO, RdS 62 (2021), pp. 149-150 v. MARTÍNEZ FLÓREZ, A. y RECALDE CASTELLS, A. Los efectos de la cancelación registral en relación con la extinción de las sociedades de capital, *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, pp. 689-738 también disponible en *RDM*, 290(2013), pp. 171-212; v., también, MARTÍNEZ FLÓREZ, A. Sobre las vías de solución al problema de las relaciones jurídicas pendientes tras la cancelación de las sociedades de capital, *Liber Amicorum Emilio Beltrán*, 2015, pp. 869 ss. Carabajo afirma correctamente que «resulta artificioso... e innecesario hablar de diferentes grados de personalidad jurídica asociados a la existencia o inexistencia de inscripción registral... en rigor no existe un proceso gradual de formación de la... personalidad jurídica». Pero este autor no distingue el elemento contractual del elemento «real» de la sociedad cuando dice que «lo que se produce es un proceso gradual de formación y de extinción de la sociedad de capital, a partir de diferentes formalidades que van desde la constitución de la organización para desarrollar una actividad en el tráfico hasta su completa extinción mediante la liquidación de todas sus relaciones jurídicas». Como se ve y se ha denunciado en el texto más arriba, este tipo de afirmaciones sustituye el análisis por la descripción y carece de valor heurístico. Y así se demuestra cuando se continúa leyendo a Carabajo quien afirma que «el tipo societario-capitalista... será el mismo en las distintas fases... sociedad no inscrita... sociedad inscrita... sociedad disuelta y en liquidación... la sociedad será siempre la misma, como organización dotada de personalidad jurídica independiente... variando únicamente el régimen jurídico... una vez... inscrita... (se aplicará)... el régimen jurídico ordinario o pleno... momento en el que todos sus caracteres o elementos tipológicos serán oponibles erga omnes» (la inscripción registral no convierte a los estatutos en un contrato oponible a terceros, ergo, esta afirmación es incorrecta v., Resolución de 27 de febrero de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública comentada por el autor en *Derecho Mercantil 2020*, <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/07/una-resolucion-de-la-direccion-general.html>). Finalmente -p. 151- Carabajo se suma a la concepción de la extinción de la sociedad como un «proceso gradual» que he criticado en mi trabajo de la RdS 61 (2021) pp. 91-134.

(60) La doctrina mayoritaria (v., por todos con más indicaciones SAEZ, Sociedad en formación, pp. 127-132 y p. 149 donde sigue a PAZ-ARES, C., Curso de Derecho Mercantil dir. URÍA/MENÉNDEZ, tomo

Lo anterior se confirma con la referencia a las asociaciones. El art. 5.2 LODA establece que es *con el otorgamiento del «acta fundacional»* (en documento privado, no necesariamente en documento público) con el que la asociación adquiere «su personalidad jurídica y plena capacidad de obrar». Y, nuevamente, el legislador ha impuesto como contenido de dicha acta fundacional «La designación de los integrantes de los órganos provisionales de gobierno» (art. 6.1 e) LODA) al margen de los estatutos sociales que deben, también, incluirse en el acta (art. 7).

Así las cosas, el esfuerzo de la doctrina alemana para atribuir a la inscripción efectos sanatorios de los vicios del contrato de sociedad o el efecto del nacimiento de la personalidad jurídica no resulta aprovechable entre nosotros⁽⁶¹⁾. La aplicación de la doctrina de la sociedad nula no depende en absoluto de la inscripción en el Registro Mercantil.

El mayor obstáculo al que se enfrenta esta conclusión es, sin embargo, el art. 56 LSC⁽⁶²⁾ que parece entender aplicable la doctrina de la sociedad nula sólo a las sociedades inscritas. Pero, en realidad, si se atiende a lo que se ha expuesto más arriba sobre la sociedad en formación y su «transformación» por la inscripción en la sociedad anónima o limitada definitivas, el obstáculo desaparece. La referencia

I pp. 527-529 de la posición de PAZ-ARES me he ocupado en detalle en *Personalidad jurídica y sociedad, Almacén de Derecho*, 2019, <https://almacenederecho.org/personalidad-juridica-y-sociedad>) ha considerado como un rasgo de la personalidad jurídica corporativa la responsabilidad limitada de los socios por las deudas sociales. V., mi posición crítica al respecto en ALFARO, J. Una nota sobre el pretendido privilegio de la responsabilidad limitada de los accionistas, *Almacén de Derecho*, 2021, <https://almacenederecho.org/una-nota-sobre-el-pretendido-privilegio-de-la-responsabilidad-limitada-de-los-accionistas>.

(61) V., SCHMIDT, AcP 186(1986) p. 426: «der Gesetzgeber in einem technisch ausgereiften Verbandsrecht das unscharfe Merkmal des Vollzugs durch einen konstitutiven Staatsakt -eine Registrierung oder eine Verleihung- ersetzen kann. Wo das positive Recht einem solchen Staatsakt Konstitutivwirkung für die Schaffung eines Rechtsträgers beimisst (dies ist im geltenden Privatrecht bei den juristischen Personen der Fall!), kommt es im Einzelfall weder auf den Vollzug noch auch nur auf den Verbandscharakter des Rechtsträgers an». De ahí deduce Schmidt que la inscripción sana los vicios del contrato de sociedad de forma semejante a como lo hace la ejecución de un contrato viciado. Entre nosotros, quizá EIZAGUIRRE, *Sociedad nula*, pp. 293-295 «dado el particular relieve conferido a la inscripción de la sociedad anónima en el Derecho alemán». GIRÓN, por su parte, también habla de los «efectos sanatorios» de la inscripción «como consecuencia de la confianza en la calificación y en la publicidad registrales» GIRÓN, *ADC* 1949, p. 1390; DRURY, *Modern L. Rev.* 1985, p. 647; ULMER, Peter, *Hachenburg - Grosskomm GmbHG*, parágrafo 2, número margen 90 y ss. Pero la doctrina mayoritaria española niega, con razón que la inscripción tenga efecto convalidante o sanatoria, JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO *Nulidad*, p. 65.

(62) Como explican Fleischer y Thoma, esta disputa se ha producido en Italia sosteniendo Angelici que el art. 2332 Cc (que recoge la norma de los artículos 56-57 LSC en nuestro Derecho) no puede aplicarse analógicamente a las sociedades de personas porque el fundamento de la misma es la inscripción registral, inscripción que no es constitutiva en las sociedades de personas, de manera -dice Angelici- que hay que aplicar las reglas generales sobre la nulidad. La tesis de Angelici ha sido contestada apelando, por un lado, a la aplicación de la doctrina de la apariencia y, por otro, haciendo referencia a las abundantes normas promulgadas con posterioridad que extienden la aplicación de las reglas sobre las modificaciones estructurales -entre las que se incluyen las normas sobre la nulidad de dichas modificaciones- a las sociedades de personas y no solo a las de capital. Tal extensión sería una «interpretación auténtica» del art. 2332 Cc y, por tanto, justificaría la aplicación de la doctrina de la sociedad nula a los vicios del contrato de sociedad de personas.

del precepto a la inscripción únicamente significaría, en todo caso, que la nulidad de la sociedad de capitales en formación vendría regulada por las normas generales sobre la doctrina de la sociedad nula y no por los artículos 56 y 57 LSC. Pero esta interpretación es absurda una vez que se reconoce simultáneamente (i) que las normas sobre la nulidad de sociedades son normas de Derecho Contractual y no forman parte de la doctrina de la sociedad nula y (ii) que el artículo 56 contiene reglas de Derecho Contractual aplicables a todas las sociedades-corporación por lo que también han de aplicarse, directamente o por analogía, a la sociedad en formación que, como ha quedado dicho, es una sociedad-corporación.

Un último argumento se extrae de la Primera Directiva. Como es sabido, los artículos 56 y 57 LSC traen causa de los artículos 3, 11 y 12 de la Primera Directiva⁽⁶³⁾ y el artículo 11 no hace referencia a la inscripción. Es más, de la dicción del art. 7 de la Directiva se deduce precisamente que la aplicación de la doctrina de la nulidad de sociedades está vinculada a la adquisición de personalidad jurídica por la sociedad ya que dicho precepto se refiere expresamente a la responsabilidad del actuante por las deudas contraídas por cuenta de la sociedad antes de que ésta hubiera adquirido personalidad jurídica, que es una cuestión que se remite al derecho nacional⁽⁶⁴⁾. Por tanto, una interpretación el art. 56 LSC conforme con la Directiva nos llevaría a entender que la doctrina de la nulidad de sociedades tal como viene concretada en los artículos 56 y 57 se aplica no sólo a la sociedad anónima o limitada inscritas sino *también a la sociedad anónima o limitada en formación*.

Pero es más razonable interpretar la referencia a la inscripción en el sentido de que, dado que con la inscripción «nace» la sociedad anónima o limitada definitiva (art. 33 LSC) –por «transformación» de la sociedad en formación– es lógico que se anude a ella la aplicación de la doctrina de la sociedad nula⁽⁶⁵⁾ pero eso no impide aplicar –si se quiere– por analogía la doctrina a la sociedad en formación⁽⁶⁶⁾ y, *mutatis*

(63) PRIMERA DIRECTIVA 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, para proteger los intereses de socios y terceros (68/151/CEE). V., EIZAGUIRRE, Sociedad nula, pp. 300 ss.; BONANNO, Nullità, p. 54.

(64) Dice el art. 7 de la Primera Directiva que «Si se hubieran realizado actos en nombre de una sociedad en constitución, antes de la adquisición por ésta de la personalidad jurídica, y si la sociedad no asumiese los compromisos resultantes de estos actos, las personas que los hubieran realizado serán solidaria e indefinidamente responsables, salvo acuerdo contrario».

(65) No hay diferencia con la sociedad en formación en lo que se refiere a la conservación del capital social. Con razón, SCHMIDT, AcP 186(1986) p. 427: no es la diferencia entre la estructura patrimonial de las sociedades de personas y las corporaciones lo relevante.

(66) La aplicación de lo previsto en los artículos 56 y 57 LSC a la sociedad en formación e la doctrina de la sociedad nula regulada para las sociedades de capital en los artículos 56 y 57 LSC es aplicable a la sociedad en formación porque ésta es una sociedad-corporación y, por tanto, completamente análoga en este punto a la sociedad anónima o limitada. La doctrina alemana dice que una vez definitiva con la inscripción, no pueden devolverse las aportaciones a los socios que cubren la cifra de capital porque se alegue la existencia de un vicio en el contrato de sociedad: «este principio se extiende a cualquier pretensión basada en el Derecho Civil general que un socio tenga contra la sociedad limitada por un defecto contractual e impide que se pueda minorar el patrimonio social necesario para cubrir la cifra de capital ya

mutandi y dada la ausencia de regulación de la sociedad nula en el Código civil o de Comercio, también a las sociedades de personas. La regulación de los artículos 56 y 57 LSC no es, en absoluto, excepcional.

VIII. LOS VICIOS EN LA FORMACIÓN DEL PATRIMONIO SOCIAL Y LA FALTA DE CAPACIDAD O DE PODER DE DISPOSICIÓN SOBRE LOS BIENES APORTADOS

Lo que tienen en común todos los vicios que enumera el art. 56 LSC como causas de nulidad (es decir, que autorizan a los socios a pedir la liquidación del patrimonio social) es que todos ellos afectan a la persona jurídica, esto es, al patrimonio separado⁽⁶⁷⁾. Son causas de nulidad del contrato que, *además*, afectan a la formación del patrimonio separado. Por tanto, se siguen de su producción tanto las consecuencias de la denuncia contractual –por tratarse de un contrato de duración–, esto es, la terminación del contrato con efectos hacia el futuro, como las consecuencias de la aplicación de la doctrina de la sociedad nula –sustitución de la restitución de las aportaciones por la liquidación–.

Los vicios en la formación del patrimonio social relevantes son:

(i) que no haya existido *separación patrimonial* (ausencia de pluralidad de partes salvo el caso de la sociedad unipersonal) porque el contratante y el titular del patrimonio que se pretende separar sean el mismo individuo. Los bienes y derechos aportados por ese *pseudo* único socio a la sociedad siguen formando parte directa del patrimonio del socio fundador y si otro u otros socios realizaron aportaciones pero su voluntad de hacerlo no existió, simplemente tendrán una acción para reclamar la restitución de lo aportado en fase de liquidación de ese patrimonio. En efecto, en relación con la causa de la letra a) del apartado 1 del art. 56 LSC, «no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores» y no teniendo el único fundador voluntad de constituir una sociedad unipersonal (o sea, separar un patrimonio del que, no obstante, sigue siendo titular indirecto), no puede distinguirse entre el patrimonio del único socio cuya voluntad concurrió efectivamente a la constitución de la sociedad y el patrimonio social como patrimonio separado⁽⁶⁸⁾. Si todos los socios fundadores son incapaces (letra b del apartado

sea por ejercicio de acciones de daños o de restitución o enriquecimiento» ULMER, Peter, Hachenburg - *Grosskomm* GmbHG, parágrafo 2, número margen 90 y ss.) Se incluyen, naturalmente, las aportaciones al capital no desembolsadas.

(67) V., para lo que sigue, sobre todo, JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, Comentario, p. 75.

(68) Los acreedores de una sociedad colectiva de dos socios demandaron a uno de ellos por una deuda social y éste se defendió diciendo que el otro socio le había estafado. El Tribunal Supremo suizo condenó al socio estafado a pagar la deuda social de su patrimonio: «quien pasa a formar parte de una sociedad colectiva celebra no solo un contrato de sociedad con sus consocios, sino que emite una declaración de voluntad hacia todos los terceros que se relacionen con la sociedad... según la cual... reconoce el poder de representación de todos los socios que no hayan sido excluidos de la administración social». En otro caso alemán de los años

1 del art. 56 LSC), no puede producirse la transmisión de los bienes aportados del patrimonio de los socios incapaces al patrimonio social-separado⁽⁶⁹⁾.

(ii) que no se haya *descrito el conjunto de bienes* que forman inicialmente el patrimonio separado (las aportaciones de los socios, la cifra de capital dado el carácter de sociedad de capital). Si no se expresa en la escritura de constitución qué bienes se aportan (letra c) del apartado 1 del art. 56 LSC), no puede determinarse qué bienes forman el patrimonio separado inicial (y, por tanto, no podrán atribuirse deudas y créditos o nuevos bienes a ese patrimonio) y lo propio ocurre con la cifra de capital (letra f) ya que esta cifra determina el nivel de aportación mínimo al que se han obligado los socios⁽⁷⁰⁾.

50, un estafador logró convencer a unos pardillos de que había inventado un sistema para producir diamantes artificiales. Los pardillos celebraron un contrato de sociedad con el estafador que, posteriormente, se dio a la fuga y los pardillos se pelearon entre ellos. En concreto, uno de ellos, que todavía no había desembolsado su aportación, se negaba a hacerlo. Los tribunales le condenaron al desembolso y a pasar por la liquidación de la sociedad aunque el contrato de sociedad era anulable por haber concurrido dolo. Hay que garantizar la igualdad de trato de todos los socios. El caso lo hemos tomado de FLEISCHER, Holger and THOMA, Carl-Friedrich, Fehlerhafte Personengesellschaft und Scheingesellschaft: Eine rechtsvergleichende Gegenlese, en *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert - Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, pp. 841-868, GRIGOLEIT, Hans Christoph and PETERSEN, Jens eds., 2017; disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3090332>. Ahora bien, en sociedades de dos socios, y como se recoge en una sentencia del Tribunal Supremo alemán de 6 de febrero de 1958, es razonable permitir a un socio negarse a desembolsar su aportación si la sociedad no ha empezado a actuar en el tráfico y, por tanto, a invertir y explotar el fondo común formado por las aportaciones de los socios, si el socio alega que padeció un vicio del consentimiento al celebrar el contrato de sociedad. Esta consecuencia parece conforme con la buena fe (*dolo facit qui petit quod statim redditurus est*) ya que, ejercida la acción por dolo, habría que considerar terminada la sociedad -disolución por justos motivos- y el socio que ha sufrido el engaño tendría derecho a que se le devolviese lo que había aportado. Sería absurdo que atribuyéramos al socio doloso una acción para exigir el cumplimiento del contrato por parte del socio engañado-inocente. Pero cuando estamos ante una sociedad de más de dos socios, permitir al socio que ha sufrido el dolo negarse a realizar el desembolso perjudica a los demás socios «inocentes», esto es, a todos los que no sean el que realizó la maquinación engañosa e indujo al socio a celebrar el contrato de sociedad. En el caso general, pues, procede condenar al socio a desembolsar la aportación y ordenar la liquidación de la sociedad entregándole la cuota de liquidación que resulte tras haber pagado todas las deudas sociales. En definitiva, se trata de hacer correr al socio engañado con el riesgo. Obligar al socio a realizar su aportación «tiene la finalidad -dijo el Supremo alemán- de repartir equitativamente las pérdidas sufridas por la sociedad como consecuencia de la conducta del estafador en proporción a la participación de cada uno de los socios». Naturalmente, el socio que ha actuado dolosamente, debe perder todo derecho a la cuota de liquidación, al menos en lo que quede cubierto por el art. 1107.2 CC.

(69) Dicen JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, Comentario, p. 91, que la causa de nulidad hace referencia al plano contractual, no al plano organizativo de la sociedad: «*otorgar... validez a una sociedad fundada por incapaces hubiera supuesto una quiebra de los principios generales en materia de contratos tan grave y evidente que decidió evitarse aún a costa de que el sistema de la nulidad de la sociedad misma se viera comprometido en su coherencia interna*». En efecto, si la incapacidad de alguno genera la disolución (parcial) y no la restitución de su aportación, ¿por qué no operar por esta vía también cuando todos los socios son incapaces? Quizá la facilidad con la que puede apreciarse la incapacidad (en el caso de los menores de edad). De ahí que los autores no consideren que se produce esta causa de nulidad en caso de la llamada incapacidad natural pero no declarada judicialmente mediante un juicio de incapacitación. Si uno al menos de los socios es capaz, la sociedad se mantiene.

(70) Es decir, la «suma de responsabilidad» asumida por los socios.

(iii) que no se haya *formado efectivamente el patrimonio separado*: que no se hayan desembolsado las aportaciones, o sea, que no se haya «ejecutado» el contrato de sociedad y, por tanto, no se haya producido la transferencia de las aportaciones del patrimonio de los socios al patrimonio social en la medida mínima establecida por la ley para las sociedades corporaciones⁽⁷¹⁾.

(iv) que *el destino-fin común próximo— que se pretende dar a ese patrimonio sea ilícito*. La letra e) recoge dos causas de nulidad cuando dice «Por no expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público». El carácter ilícito o contrario al orden público del objeto social supone que el patrimonio separado se ha formado para darle un uso ilícito y, por tanto, ha de ser decomisado. La falta de expresión en los estatutos del «objeto social» es un resto de la histórica necesidad de asignar un «fin» al patrimonio que se separa porque no se podía separar patrimonios si no era para destinarlos a fines específicos —recuérdese que eso es una *universitas*⁽⁷²⁾—. Un conjunto de bienes se convierten en un patrimonio cuando tienen asignado un fin.

(v) que *no se haya identificado al patrimonio* (los patrimonios separados cuyo titular es una sociedad se identifican a través de la denominación o razón social). La letra d) recoge el art. 56.1 LSC la omisión, en el contrato de sociedad, de los elementos que se suelen calificar como «atributos de la persona jurídica»: «la denominación de la sociedad» y los bienes que forman parte del mismo (cifra de capital y desembolso, letra g).

Existe un tercer grupo de vicios que impiden *que determinados bienes o derechos pasen a formar parte —a pertenecer— al patrimonio social*. Estos vicios no desencadenan la aplicación de las consecuencias de la nulidad de los contratos ni la aplicación de la doctrina de la sociedad nula. Simplemente impiden la transmisión

(71) En 1991, Jesús Gil y Enrique Cerezo fingieron el desembolso de las acciones del Atlético de Madrid Sociedad Anónima Deportiva y se apoderaron ilícitamente de más del 90% del capital social simulando que aportaban sus propios fondos cuando, en realidad, se inventaron un crédito a su favor en las cuentas del club deportivo y, a través de un préstamo, ingresaron en la cuenta del club el dinero correspondiente al desembolso para extraerlo inmediatamente y devolverlo a la entidad bancaria que le había hecho el préstamo. La constitución de la sociedad anónima deportiva fue así, nula de pleno derecho (art. 56 LSC -falta de desembolso-) V., *La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014*, que confirma sustancialmente la de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de marzo de 2011. Y, para un caso muy semejante en relación con el Betis, v., la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla de 15 de septiembre de 2017 todas ellas resumidas y comentadas en Derecho Mercantil <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2014/02/gil-no-era-sutil.html>; <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2017/09/gil-no-era-sutil-y-lopera-tampoco-lo-era.html>.

(72) Getzler parte de la idea de «fondo» (*fund* en inglés que sabemos que viene del latín *fundus* y que hace referencia a un conjunto de bienes, no solo al terreno, que permiten la explotación del terreno para fines agrícolas y ganaderos) y lo hace porque, probablemente, está pensando en lo que entre nosotros se denominaría una comunidad en mano común o copropiedad sobre un conjunto de bienes, créditos y deudas, en definitiva, sobre un patrimonio unidos entre sí -los bienes- *por el fin común que llevó a los propietarios a unirlos* (constituyeron una sociedad para jugar al golf) o por el fin que resulta de que los individuos que forman el grupo hayan devenido copropietarios (los coherederos a la muerte del causante común) GETZLER, Joshua *Plural Ownership, Wills and the Aggregation of Wills*, *Theoretical Inquiries in Law*, 10(2009).

de la propiedad del bien o la titularidad del derecho a favor del patrimonio social y, en consecuencia, legitiman al propietario –al *verus dominus*– a reivindicarlo y, en general, al ejercicio de las acciones que protegen los derechos absolutos también frente a la sociedad, esto es frente a la persona jurídica. Digo «frente a la persona jurídica» porque la formación de ésta no se pone en duda.

Esto ocurre típicamente en dos grupos de casos. Por un lado, los casos de *socios incapaces*⁽⁷³⁾. La aportación realizada por alguien que carece de la capacidad para disponer de sus bienes no es eficaz para transmitir el dominio en el sentido del art. 609 CC. Por tanto, el incapaz podrá anular su declaración de voluntad y exigir la restitución del bien o derecho.

La doctrina, sin embargo, ha extraído *a contrario* del art. 56.1 LSC b) («Por la incapacidad de todos los socios fundadores») la conclusión según la cual la incapacidad de uno o varios socios permite declarar la nulidad de la sociedad pero con el efecto de apertura de la liquidación, por tanto, también los socios incapaces estarían obligados a realizar el desembolso pendiente –si es necesario para pagar las deudas sociales– y sólo recibirían su cuota de liquidación: «la confianza de los terceros y la seguridad del tráfico son entendidas por la Ley como merecedoras de más enérgica tutela que el patrimonio de los incapaces»⁽⁷⁴⁾ De ahí que la anulabilidad de la vinculación debida a la incapacidad de un solo socio, no podría tener otro efecto que el de una disolución parcial con efectos... *ex nunc* (derecho de separación que habrá de ejecutarse mediante una reducción de capital).

A mi juicio, eso *no es lo que debe deducirse del art. 56.1 LSC*. Ese precepto lo que establece es que la presencia de un incapaz entre los socios fundadores no impide la continuidad de la sociedad *entre los demás socios y la persistencia del patrimonio social, naturalmente, formado con las aportaciones de los demás socios*. El incapaz podrá anular su declaración de voluntad y exigir la restitución de su aportación⁽⁷⁵⁾. En el caso de sociedades de capital, además, habría que aplicar las normas de protección del capital social dado que una parte del patrimonio social sería restituido al socio incapaz. Y, en todo caso, la presencia del incapaz podrá desatar el ejercicio de facultades contractuales y provocar la disolución de la sociedad o la separación o la exclusión de un socio cuando, de acuerdo con las reglas generales aplicables al contrato de sociedad, pueda calificarse como causa de disolución, separación o exclusión. Es decir, los demás socios podrán disolver la sociedad sólo por aplicación de las reglas generales

(73) En este sentido, no hay un tercer requisito negativo para aplicar la doctrina de la sociedad nula que sería el de que no haya intereses superiores que impidan tener por válida la sociedad constituida defectuosamente. En esos casos, como dice Schäfer lo que procede es asegurar la indemnidad del incapaz (veremos más adelante que esto es perfectamente posible) o decomisar el remanente que resulte de la liquidación de la sociedad o las ganancias por aplicación de las normas civiles (art. 1666.2 CC) y penales en su caso. V., ampliamente, COCA, Ivó/PANTALEÓN, Marta, Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios Un estudio sobre los límites de orden público a los seguros D&O, ADC, tomo LXXIV, 2021, fasc. I, pp. 113-216, pp. 176 ss.

(74) JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, Comentario, p. 41.

(75) K. Schmidt, *AcP* 186, p. 154.

(art. 1705 y 1707 CC; 224-25 C. de C., 336 ss. LSC)⁽⁷⁶⁾. Si la sociedad tiene sólo dos socios (uno de ellos incapaz), la solución debe ser la misma respecto al socio incapaz.

El segundo grupo de casos es aquel en los que *se aporten bienes propiedad de terceros* –singularmente bienes gananciales por un cónyuge sin el consentimiento del otro– o bienes *extra commercium*. El falsamente representado en la celebración de un contrato de sociedad *no queda vinculado y sus bienes no pasan a formar parte del patrimonio separado* por lo que podrá reivindicarlos⁽⁷⁷⁾ sin que la sociedad pueda excepcionar apelando a la doctrina de la sociedad nula⁽⁷⁸⁾. Ahora bien, la sociedad se mantendrá entre los socios restantes que podrán decidir igualmente disolverla por el carácter esencial de la aportación del falsamente representado o exigir la responsabilidad del *falsus procurator*.

Esta solución se justifica en la *falta de imputabilidad* al representado de lo hecho por el falso representante. El patrimonio del falsamente representado no puede considerarse vinculado y, por tanto, no puede ser obligado a desembolsar la aportación y, en caso de que ésta haya sido realizada por el *falsus procurator*, tiene que tener derecho a reivindicarla. En la concepción que aquí se prefiere, es mejor decir que los bienes aportados por el *falsus procurator no han pasado a formar parte del patrimonio social*, de manera que, con independencia de las consecuencias indemnizatorias frente a los acreedores sociales y los propios socios de éste, si esos bienes no forman parte del patrimonio social, no puede afectarles la liquidación.

(76) Se muere el padre, y heredan el restaurante de su propiedad, su mujer y sus cuatro hijos. Tres de ellos menores de edad. La madre y los hijos celebran un contrato de sociedad civil para gestionar el restaurante. La madre pide un crédito a un banco para la sociedad. Se plantea la cuestión de si el hijo mayor de edad en el momento de constituir la sociedad civil responde del pago del crédito como socio. El Tribunal Supremo alemán consideró que la sociedad se constituyó válidamente, a pesar de que hubiera hecho falta autorización judicial para que los menores hubieran podido consentir válidamente. El resultado es que el hijo que era mayor de edad en el momento de la constitución responde de la deuda. SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 4.^a ed. Colonia 2002, pp. 137 y 149.

(77) Un caso de este tipo ocupó a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012. ECLI:ES:TS:2012:4808. El marido aporta bienes gananciales a una sociedad que constituye actuando en nombre propio y en el de su mujer -gracias a un poder del que disponía- en la que hay también un socio muy minoritario conectado al marido. En las tres instancias se declara que el marido carecía del poder de disposición necesario para aportar los bienes gananciales ya que abusó del poder de representación. En la constitución de la sociedad limitada no concurrió ninguno de los vicios listados en el art. 56 LSC, de manera que el Supremo dice bien cuando dice que la sociedad «no puede ser declarada nula» pero no puede ser declarada nula ni con efectos *ex tunc* ni con efectos *ex nunc*. Y tampoco puede condenarse a la apertura de la liquidación como previene el art. 57 LSC. Hace bien, pues, el Supremo al no ordenar la apertura de la liquidación. Pero, en el caso el marido se presentó como apoderado de su mujer, de manera que no quería obligarse personalmente con lo que se plantea el problema bien conocido de la venta de cosa ajena y la posibilidad de considerarla válida pero incumplida o de considerarla nula cuando existió *contemplatio domini* y, por tanto, todas las partes «querían» vincularse con el *dominus*, no con el representante sin poder. Pero en el caso daba todo igual porque el único tercero era el socio minoritario que era un empleado del marido.

(78) «La actuación de un representante sin poder de representación no es suficiente, a falta de imputabilidad a la persona representada, para establecer la participación en una sociedad nula de dicha persona» MüKoBGB/SCHÄFER, § 705 Rn. 327; SÁNCHEZ PACHÓN, Causas de nulidad, pp. 586 ss.

La diferencia valorativa de las conductas de las partes en casos como éstos o como el de los incapaces comparados con los casos en los que los socios han sufrido un vicio del consentimiento es notable. Como señala Ulmer, los socios que han sufrido el error o el dolo han actuado, no obstante, voluntariamente al realizar la aportación y, con ello, han contribuido a la constitución de (un patrimonio separado) una persona jurídica con la que han entablado relaciones los terceros. El cónyuge o el incapaz, no.

Naturalmente, el incapaz cuando salga de su incapacidad o el falsamente representado podría ratificar lo hecho por el *falsus procurator* y tal ratificación puede ser tácita, especialmente, derivada de la *voluntaria ejecución del contrato* de sociedad por el falsamente representado, puesto que hay que interpretar su conducta como de ratificación⁽⁷⁹⁾.

El tratamiento de los casos de *violencia e intimidación* debe ser semejante porque en tal caso no hay declaración de voluntad imputable al que sufre la violencia y, por tanto, no es coherente aplicar la doctrina aplicable a los vicios del consentimiento. Estos casos han de tratarse como los de ausencia de declaración (nulidad parcial subjetiva del contrato de sociedad) y permitir al socio exigir la restitución⁽⁸⁰⁾.

En cuanto a los acreedores sociales, deben resultar protegidos en estos supuestos por las normas sobre la obligación de desembolsar las aportaciones. Si el socio aportó –y se obligó a entregar a la sociedad– un bien sobre el que no tenía poder de disposición, habrá incumplido su obligación de desembolso frente a la sociedad y ésta tendrá a su disposición todos los remedios recogidos para las sociedades de capital en los artículos 73 ss. esp. 81 ss. LSC y con la adaptación del contrato en el caso de sociedades de personas, la obligación de aportar es exigible desde el momento en que se establezca la caja de la sociedad (art. 171 C de C) y la sociedad puede exigir al socio el cumplimiento forzoso de la obligación de aportar o puede excluirlo de la sociedad, reteniendo, en este último caso, «las cantidades que le correspondan en la masa social» (arts. 170 y 218.4.ª C. de C.) o, si esas aportaciones eran esenciales, proceder a la disolución. En el caso de sociedades de capital, si la restitución de la aportación provoca que el patrimonio social quede por debajo de la mitad de la cifra de capital, la sociedad deberá disolverse [art. 363.1 e) LSC] y el socio aportante (el *falsus procurator*, o sea el marido) responderá frente a la sociedad –y frente a los acreedores subrogatoriamente– viniendo obligado a restañar el capital mediante el

(79) KLIMKE, Dominik, Fehlerhafte Gesellschaft und Vertretung ohne Vertretungsmacht (NZG 2012, 1366) en relación con la confirmación, para comprobar si la ha habido o no, habrá que examinar caso por caso. Así, no la habrá en el caso de representación de la sociedad-socio por un órgano no competente (El antiguo miembro del consejo de administración sabía al celebrar un acuerdo de sociedad con «su» antigua sociedad anónima «que en realidad el consejo de supervisión era el que debía haber celebrado el contrato de sociedad en virtud del parágrafo 112 AktG. Que el consejo de vigilancia participe en la ejecución del contrato de sociedad no puede considerarse como ratificación ante la falta de indicios de que el consejo de vigilancia hubiera reconocido su competencia». La ejecución del contrato de sociedad debe poder imputarse al socio falsamente representado, por ejemplo, porque haya desembolsado personalmente o con su autorización, las aportaciones.

(80) También en los casos en que alguno de los socios haya sido inducido bajo condiciones inaceptables a formar parte de la sociedad -sociedades leoninas- (nulidad parcial objetiva del contrato de sociedad) V., JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, *Nulidad*, p. 113.

desembolso a su propio cargo de las cantidades necesarias para restablecer el equilibrio patrimonial. Naturalmente, los socios pueden decidir, voluntariamente, disolver y liquidar la sociedad en cuyo caso, si los bienes sociales no son suficientes para pagar a todos los acreedores, se desatarán las consecuencias concursales (responsabilidad concursal de los socios) e indemnizatorias (art. 367 LSC) correspondientes.

De forma semejante deben resolverse los casos en los que alguien, cometiendo un delito de alzamiento de bienes o, más genéricamente, en *fraude de acreedores*, aporta bienes personales a una sociedad para ponerlos al abrigo de éstos (STS de 23 de julio de 2007, ECLI:ES:TS:2007:5384): aplicando las normas generales sobre rescisión de atribuciones patrimoniales realizadas en fraude de acreedores. El *acreedor del socio es tan tercero como el acreedor de la sociedad* y, siendo anterior en el tiempo, no hay ninguna contradicción de valoración en darle preferencia sobre los acreedores sociales. Dar preferencia a éstos últimos sobre el primero sería tanto como promover las conductas fraudulentas. Técnicamente, habría que negar, de nuevo, el poder de disposición al socio-deudor.

En definitiva, los casos de aportaciones sociales en los que el socio que realiza la aportación carece de poder de disposición sobre los bienes porque éstos pertenezcan a otra persona o porque el aportante actúe en fraude de acreedores o encontrándose ya en situación de insolvencia no deben resolverse considerando nula la constitución de la sociedad y condenando a la apertura de la liquidación, sino restituyendo lo aportado –si se ha desembolsado, si no se ha desembolsado, el verdadero dueño no tiene que hacer nada– a su verdadero dueño y gestionando, a continuación, de acuerdo con las reglas del Derecho de Sociedades, las consecuencias que la restitución tenga para el patrimonio social⁽⁸¹⁾.

Para terminar, no debería haber duda de la posibilidad de reactivar una sociedad a la que se le hubiera aplicado la doctrina de la sociedad nula y, por tanto, hubiera entrado en liquidación⁽⁸²⁾.

(81) JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, *Nulidad*, p. 44.

(82) V., EIZAGUIRRE, EJB III p. 4471 que aduce, con razón, el art. 9 LAIE. *Contra* GARCÍA-CRUCES, J. A., *La Reactivación de la sociedad*, en ROJO/BELTRÁN/CAMPUZANO, *La liquidación de las sociedades mercantiles*, Valencia 3.ª edición 2015, pp. 101 ss., p. 111 que afirma que no se puede generalizar sin más la norma del art. 9 LAIE pero tampoco argumenta por qué. Como se ha explicado, la aplicación de la doctrina de la sociedad nula sólo requiere que se trate de sociedades con personalidad jurídica y la AIE tiene personalidad jurídica. GARCÍA-CRUCES reconoce inmediatamente (p. 112), siguiendo a BATALLER que lo único necesario para la reactivación es que estemos ante una sociedad con personalidad jurídica que haya entrado en liquidación, justo el supuesto de aplicación de la doctrina de la sociedad nula. Pero insiste en que no es posible la reactivación de la sociedad nula acusando a los que afirman lo contrario de incurrir en una petición de principio: «cabe cuestionarse si las causas de nulidad merecen una consideración diferente - *ad ex*. Imponiendo la necesidad de extinguir el ente social e impidiendo cualquier otra posibilidad- respecto de las causas de disolución acogidas en nuestro derecho positivo, pese a tener ambas como característica común la de ser presupuestos que, en orden a la extinción de la sociedad, determinan la apertura del período liquidatorio». Creo que GARCÍA-CRUCES yerra respecto del significado de la doctrina de la nulidad de las sociedades. El objetivo no es «la apertura del procedimiento de liquidación a fin de lograr la extinción -mediante su cancelación registral- de la sociedad viciada» como dijo ya en 1995. El objetivo de la doctrina de la sociedad nula es proteger a los terceros que se relacionan con un patrimonio social cuando el contrato

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO, Jesús, Las sentencias Bankia del Tribunal Supremo, Almacén de Derecho, 2016 <http://almacenederecho.org/las-sentencias-bankia-del-tribunal-supremo/>.
- Introducción a la Persona Jurídica a partir del Derecho de Sociedades, en *Almacén de Derecho* 2017-2021, <https://almacenederecho.org/leccion-preliminar-derecho-sociedades>.
 - La doctrina de los órganos sociales: autoorganicismo y heteroorganicismo, *Almacén de Derecho*, 2017-2021, <https://almacenederecho.org/la-doctrina-los-organos-sociales-autoorganicismo-heteroorganicismo>.
 - El verdadero origen (francés) y fundamento de la doctrina de la sociedad nula, *Derecho Mercantil* 2018, <http://derechomercantiles pana.blogspot.com/2018/05/el-verdadero-origen-frances-y.html>.
 - Separación y disolución por justos motivos, en *Derecho Mercantil* 2017, <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2017/10/separacion-y-disolucion-por-justos.html>.
 - La sociedad nula (i): naturaleza jurídica, *Almacén de Derecho*, 2018, <https://almacenederecho.org/la-sociedad-nula-naturaleza-juridica>.
 - La sociedad nula (ii): requisitos de aplicación de la doctrina, *Almacén de Derecho* 2018, <https://almacenederecho.org/la-sociedad-nula-ii-requisitos-aplicacion-la-doctrina>.
 - La sociedad nula (y iii): especialidades de las sociedades de capital, *Almacén de Derecho* 2018, <https://almacenederecho.org/la-sociedad-nula-iii-especialidades-las-sociedades-capital>.
 - La comunidad en mano común y las sociedades de personas, *Almacén de Derecho*, 2020, <https://almacenederecho.org/la-comunidad-en-mano-comun-y-las-sociedades-de-personas>.

que dio lugar al mismo presenta vicios que podrían anularlo y, también, proteger a los socios inocentes en relación con el vicio de nulidad. Por tanto, el interés del legislador es, precisamente, proteger al tráfico en el que se ha insertado ese patrimonio ordenando sustituir la restitución de las prestaciones a los socios -típico efecto de la nulidad de un contrato bilateral- por la liquidación del patrimonio, esto es, por la entrega a los socios sólo de su cuota de liquidación que implica, necesariamente, que se han pagado previamente todas las deudas que pesaran sobre ese patrimonio. Por tanto, si los socios eliminan la causa de la nulidad (v. art. 57 LSC), no hay inconveniente alguno en reactivar la sociedad cumpliendo con los requisitos generales para la reactivación. Otra cosa es que la causa de la nulidad de la sociedad sea de orden público -una sociedad constituida para blanquear dinero o para articular un cártel- en cuyo caso, lo que procede es, igualmente, la liquidación pero sin entrega a los socios de sus cuotas de liquidación que deberán ser objeto de decomiso o destinarse a indemnizar a las víctimas de la conducta ilícita de los socios. GARCÍA-CRUCES dice, sin embargo, (p. 116) que «la nulidad societaria tiene un significado conceptualmente distinto a la disolución y que ha de obligarnos, con todas sus consecuencias a diferenciar ambos institutos» lo que es una nueva prueba de que, a mi juicio, no entiende correctamente las instituciones de las que habla. La nulidad no ha de ser distinguida de la disolución porque ambas no son homogéneas. La nulidad hace referencia a que el contrato carece de uno de los elementos esenciales para su validez. La disolución hace referencia a la terminación del contrato de sociedad. V., ampliamente, ALFARO, Jesús, La reactivación como modificación estructural: celebración de un nuevo contrato de sociedad y sucesión universal, *RdS* 62(2021), y ALFARO, *RdS* 61 (2021), *passim*.

- Una resolución de la Dirección General casi revolucionaria Derecho Mercantil, 2020, <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2020/07/una-resolucion-de-la-direccion-general.html>.
 - Una nota sobre el concepto de liquidación, en Almacén de Derecho, 2021, <https://almacenederecho.org/una-nota-sobre-el-concepto-de-liquidacion>.
 - La sociedad anónima alemana y la sociedad anónima española, en Almacén de Derecho 2021, <https://almacenederecho.org/49460-2>.
 - La disolución como terminación del contrato de sociedad: teoría y algunas consecuencias prácticas, Revista de Derecho de Sociedades, RdS, 61 (2021) pp. 91-134.
 - La reactivación como modificación estructural: celebración de un nuevo contrato de sociedad y sucesión universal, RdS 62 (2021), pp. 95-126.
 - Los problemas contractuales en las sociedades cerradas, InDret 4.2005.
- ANGELICI, C., *La società nulla*, Milano, 1975.
- ANGELICI, C. *Discorsi di Diritto Societario* (2008). En AA.VV. *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de Commerce*, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1394420.
- Note minime su la libertà contrattuale e i rapporti societari, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1394845>.
- ANGELICI, C. *Variazioni su responsabilità e irresponsabilità del socio*, 2010, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1530746.
- BABUSIAUX, Ulrike, *Zum Konsenserfordernis bei der societetas –methodische Bemerkungen zu einem altbekannten Problem*, In: Weber, Rolf H; Stoffel, Walter A; Chenaux, Jean-Luc; Sethe, Rolf. *Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts: Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag*. Zürich 2017, pp. 767-784, <https://doi.org/10.5167/uzh-143363>.
- BATALLER, J., *La disolución*, en ROJO/BELTRÁN/CAMPUZANO, *La liquidación de sociedades mercantiles*, 3.ª edición, Valencia 2016, pp. 23 ss.
- BONANNO, Claudio, *La nullità delle società per azioni ex art. 2332 del Codice Civile*, 2011, disponible en <https://iris.unipa.it/handle/10447/101771?mode=full.347#.YHv-V2czaUk> p. 7.
- CARBAJO, F., *La sociedad en extinción. Extinción societaria y concursal de sociedades de capital*, RdS 62 (2021) pp. 127-176.
- COCA, Ivó/PANTALEÓN, Marta, *Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios Un estudio sobre los límites de orden público a los seguros D&O, ADC*, tomo LXXIV, 2021, fasc. I, pp. 113-216, pp. 176 ss.
- DE SALAS, Sofía, *Artículo 38. Capacidad de las personas jurídicas*, en *Código civil comentado / Ana Cañizares Laso (dir.), Pedro de Pablo Contreras (dir.), Francisco Javier Orduña Moreno (dir.), Rosario Valpuesta Fernández (dir.)*, Vol. 1, 2011 (artículos 1 a 608), pp. 314-321.
- EASTERBROOK, Frank H/ FISCHER, Daniel R., *La estructura económica del derecho de las sociedades de capital*, trad. esp. de Francisco Marcos, Madrid 1991.
- EIZAGUIRRE, José M.^a, «La sociedad nula», en AAVV: *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, pp. 282 y ss.

- FAUCEGLIA, Giovanni, Riflessioni in tema di nullità della società di capital e valutazione del conferimento del bene in natura, Tribunale di Cagliari, Sez. impr., 24 maggio 2016, n. 1600, *Le Società* 2017, pp. 994 ss.
- FLEISCHER, Holger and THOMA, Carl-Friedrich, Fehlerhafte Personengesellschaft und Scheingesellschaft: Eine rechtsvergleichende Gegenlese, en *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert – Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, pp. 841-868, GRIGOLEIT, Hans Christoph and PETERSEN, Jens eds., 2017; disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3090332>.
- GARCÍA-CRUCES, José Antonio, La Reactivación de la sociedad, en ROJO/BELTRÁN/CAMPUZANO, *La liquidación de las sociedades mercantiles*, Valencia 3.ª edición 2015, pp. 101 ss., p. 111.
- GETZLER, Joshua *Plural Ownership, Wills and the Aggregation of Wills*, *Theoretical Inquiries in Law*, 10(2009).
- GIRÓN, José, «*La fundación de la sociedad anónima en el anteproyecto de reforma*», *ADC* 1949, p. 1359 ss.
- *Derecho de Sociedades*, Madrid 1976.
- GUARINO, Antonio, *Solutio Societatis*, *Labeo*, 14(1968) pp. 139-166.
- *La società in Diritto Romano*, reimpr. Nápoles, 1988.
- *Diritto Privato Romano. Lezioni Istituzionali di Diritto Romano* 2.ª ed. 1963.
- HEMARD, Joseph, *Théorie et Pratique des Nullités de Sociétés et dess Sociétés de Fait*, 2.ª edición, París 1926, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3040578c.texteImage>.
- HÜFFER, Uwe, *Gesellschaftsrecht*, Munich, 1989.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo/DÍAZ MORENO, Alberto, La nulidad de la sociedad, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, dirs., *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo III, Madrid 1995.
- JIMENO BORRERO, Jesús, *La compañía de comercio sevillana entre 1747 y 1848*, Sevilla, 2020.
- KLIMKE, Dominik, *Fehlerhafte Gesellschaft und Vertretung ohne Vertretungsmacht NZG* 2012, pp. 1366 ss.
- KÜBLER, Friedrich, *Derecho de sociedades*, traducción española, Madrid 2001.
- LITEWSKI, Wieslaw, *Remarques sur la dissolution de la société en droit romain*, *Revue historique de droit français et étranger* (1922–) Quatrième série, Vol. 50, No. 1 (JANVIER-MARS 1972), pp. 70-82.
- LOEWENHEIM/MEESSEN/RIESENKAMPFF/JAEGER, *Kartellrecht*, 3.ª Ed. Munich, 2016.
- MIQUEL, José M.ª, *Comentarios al Código Civil*, ALBALADEJO (dir.), vol. V. 2.º, Madrid 1985.
- *Comentario del CC*, Ministerio de Justicia, Vol. I, Madrid 1991, arts. 392-406.
- *Voz*, Comunidad de bienes, *EJB*, Madrid 1995, vol. I, pp. 1314 ss.
- *Voz* División (Acción de división), *EJB*, Madrid 1985, tomo II, pp. 2555 ss.
- OECHSLER, Jürgen, *Die Geschichte der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und ihre Stellung im europäischen Gesellschaftsrecht*, *NJW* 2008, 2471.
- PAZ-ARES, Cándido, *Comentario del art. 1665 en AAVV*, *Comentarios del Código Civil*, tomo II, Madrid, 1991.

- Comentario del artículo 1666 en AA.VV., Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, tomo II, pp. 1333 ss.
- Comentario al art. 1669 CC, en AAVV, Comentarios del Código Civil, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid 1991.
- Sociedad de hecho, Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid 1995, tomo IV, p. 6305.
- PEÑA, M., La herencia y las deudas del causante, Granada 2008.
- ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Alfredo, La nulidad de las sociedades mercantiles en el Derecho español, RDM 1949, pp. 161 ss.
- SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel, La sociedad mercantil en formación, Madrid 2001.
- SÁEZ, M.^a Isabel, PAZ-ARES, Cándido, Los contratos pendientes de ejecución en la fusión, RDM, 243 (2002) pp. 45-70.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, La sociedad nula, en AA.VV. Derecho de Sociedades Anónimas I. La Fundación, Madrid 1991, pp. 1011 ss.
- SÁNCHEZ PACHÓN, Luis Ángel, Las Causas de Nulidad de las Sociedades de Capital, Cizur Menor, 2007.
- SCHÄFER, Carsten, Münchener Kommentar zum BGB, § 705, 8.^a edición, Munich 2020.
- Staub-Kommentar zum HGB § 105 Handelsgesetzbuch: HGB, Band 3: §§ 105-160, 5.^a ed. 2009.
- SCHMIDT, Karsten, Fehlerhafte Gesellschaft und allgemeines Verbandsrecht, AcP 186(1986) pp. 421 ss.
- Gesellschaftsrecht, Colonia *et alii*, 4.^a ed. 2002.
- SOLER PRESAS, Ana, *La liquidación del contrato resuelto. El remedio restitutorio*, ADC, tomo LXXI, 2018, fasc. IV, pp. 1227-1276.
- THUM, Randi, Der fehlerhafte Formwechsel Voraussetzungen und Rechtsfolgen der §§ 202 Abs. 3 UmwG, 34 Abs. 3 LwAnpG, Jena, 2000 https://www.db-thueringen.de/servlets/MCRFileNodeServlet/dbt_derivate_00000824/disneu.pdf.
- ULMER, Peter, Hachenburg-Grosskommentar zum GmbHG, 1990, Berlín-N. York, 8.^a edición, I, pp. 163 ss.
- VANBERG, V. J., *Las organizaciones como sistemas constitucionales*, Revista Libertas 31 (Octubre 1999).
- VEZIROGLU, Cem, *Buy-out of the Oppressed Minority's Shares in Joint Stock Companies: Comparative Analysis of Turkish, Swiss and English Laws* (August 9, 2017), disponible en <https://ssrn.com/abstract=3015723>.