

2. DERECHO MERCANTIL

La sociedad extinguida ante el proceso

Defunct Companies in Legal Proceedings

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: Pese a las discusiones doctrinales habidas al respecto, el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado vienen sosteniendo la tesis de que la personalidad jurídica de la sociedad no se extingue por completo con la inscripción registral de la cancelación, si bien el Tribunal Supremo ha resuelto contradictoriamente sobre la necesidad o no de solicitar la nulidad de la inscripción de la cancelación y reapertura de la liquidación para mantener la capacidad procesal de la sociedad extinguida.

ABSTRACT: *Although legal scholars have debated the point, the Supreme Court and the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs have long upheld the thesis that a company's legal personality is not entirely wiped out by registration of the company's cancellation. The Supreme Court, however, has ruled contradictorily on whether or not it is necessary to apply to have the cancellation entry annulled and the liquidation reopened in order to maintain the defunct company's capacity to be a party to legal proceedings.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de sociedades. Capacidad procesal de sociedad extinguida.

KEY WORD: *Company law. Capacity of a defunct company to be party to legal proceedings.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL EXISTENTE DEBATE SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD EXTINGUIDA.—III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN PROCESAL EN LA JURISPRUDENCIA Y LA INCERTIDUMBRE GENERADA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

En pocas ocasiones la existencia de una vieja polémica doctrinal puede llegar a tener una repercusión práctica tan transcendental pese a que efectivamente seamos de la opinión de que una buena praxis no puede sustentarse sin un correcto análisis dogmático.

El problema práctico al que en estos momentos nos referimos y que nos presenta la polémica existente al respecto acerca de la personalidad jurídica de la sociedad extinguida no es otro que el de la capacidad procesal de la sociedad extinguida. Al hilo de ello, es cierto que la capacidad para ser parte en un proceso ha de venir dada desde el análisis procesalista de la cuestión, o sea, desde lo previsto en el artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como desde la superación de la vieja identificación entre capacidad procesal y personalidad jurídica.

No obstante el hecho de que ni el propio artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil nos ofrezca una solución a la problemática expuesta ya que no nos encontramos ante la admisibilidad de la capacidad procesal de determinados entes sin personalidad jurídica, ni que tampoco lo haga la normativa reguladora de la extinción de las sociedades en la Ley de Sociedades de Capital y de lo conocido como el activo y pasivo sobrevenido social, a saber, los parcos artículos 395 a 400 de la Ley de Sociedades de Capital, supone pues que el problema procesal continúe anudándose al material, es decir, al relativo al momento de la pérdida de la personalidad jurídica social, o mejor dicho, al efecto que haya de dársele a la inscripción registral de la cancelación.

II. EL EXISTENTE DEBATE SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD EXTINGUIDA

No es nuestro propósito proceder a exponer el arduo debate que ha existido en la doctrina mercantilista acerca de este problema, aunque consideremos que no deba darse por cerrado tal y como hace la conocida tesis formalista que hace coincidir el momento de la inscripción de la cancelación con el momento en que la sociedad debe darse por extinguida, sobre todo a partir de la aprobación de la Ley 2/1995 que incorporó a nuestro Derecho de Sociedades una serie de normas reguladoras de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales no satisfechas y de prerrogativas de los liquidadores relativas a la aparición de nuevos bienes.

Aunque si bien es cierto que la adopción del referido criterio formalista ha sido el que goza de un mayor predicamento doctrinal, tampoco faltan autorizadas voces que propugnan el mantenimiento de la conocida tesis declarativa la cual sostiene que la sociedad no se extingue a causa de la cancelación registral, entre quienes destacan FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, ROJO, así como MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE en un reciente y riguroso análisis que del problema realizan.

En este sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA¹ opina que «parece justificado vincular la extinción de la sociedad al cumplimiento material de la liquidación de la misma, esto es, la resolución de la totalidad de sus relaciones jurídicas tanto con terceros como con sus propios accionistas».

Por su parte, ROJO² considera que la cancelación «se limita a declarar frente a terceros que la sociedad ha finalizado el proceso de liquidación... si la extinción no se hubiera producido antes de la cancelación, la práctica de este asiento no tiene eficacia sanatoria de una liquidación inexistente, insuficiente o irregular; la sociedad indebidamente cancelada continúa siendo persona jurídica... es susceptible de ser declarada en concurso».

La conclusión con que finalizan su trabajo MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE³, al cual nos remitimos para el análisis de la doctrina existente al respecto, es la siguiente: «Razones de certeza obligan a los liquidadores a solicitar la ins-

cripción de la escritura de extinción de la sociedad al final de las operaciones de liquidación. De ahí nace la *vexata* discusión sobre la eficacia de esa cancelación. Con las normas sobre activo y pasivo sobrevenido y sobre formalización de los actos posteriores a la cancelación de la sociedad se consideraba que podían resolverse todas las situaciones que pueden surgir tras la citada cancelación. Y, en efecto, en esas normas hallan solución una buena parte de los problemas que se presentan en la práctica. La discusión sobre la eficacia de la cancelación o sobre la subsistencia de la personalidad jurídica tiene en estos casos una trascendencia limitada.

Sin embargo, la cuestión recobra todo su interés en una variada tipología de supuestos que las normas legales no solventan. Es ahí donde la subsistencia de la personalidad jurídica recupera todo su sentido, como instrumento sencillo y pragmático para resolver este tipo de situaciones. La mera posibilidad de actuar frente a los socios por la cuota recibida en caso de aparición de deudas, o el recurso a los esquemas de la sucesión universal y la comunidad de bienes en caso de activos sobrevenidos ofrecen una explicación que dogmáticamente presenta debilidades y desde el punto de vista práctico resulta insuficiente y costosa. E incluso, lo más importante es que, a veces, son incapaces de dar solución alguna. En estos casos, la continuación de la personalidad jurídica opera solo en la medida en que sea necesaria para concluir la liquidación que quedó incompleta».

La sugerente argumentación de MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE criticando la tesis formalista que considera suficiente la regulación positiva de los activos y pasivos sobrevenidos (arts. 398 y 399 de la Ley de Sociedades de Capital) así como la formalización de actuaciones sobrevenidas (art. 400 de la Ley de Sociedades de Capital), reside principal y resumidamente en lo siguiente:

A) EN RELACIÓN CON EL ACTIVO SOBREVENIDO:

(i) la necesidad de que la sociedad sea parte procesal para la adquisición de nuevos bienes cuando sea precisa la reclamación judicial o para el mantenimiento de la titularidad de determinados derechos.

(ii) la necesidad de que la sociedad cuente con órganos sociales para el planteamiento de las acciones judiciales y extrajudiciales tendentes a la integración en el haber del activo sobrevenido, dada la dificultad que entraña, entre otros aspectos, entender que los socios sean sucesores a título universal de la sociedad y que por tanto nazca una comunidad incidental que haga recaer en los socios una cotitularidad sobre el activo sobrevenido⁴.

(iii) La necesidad de que existan órganos sociales para proceder a adjudicar la cuota adicional a los socios derivada del activo sobrevenido, ya que excede del poder de los liquidadores actuaciones tendentes a la formulación y aprobación de un nuevo proyecto de división, siendo natural la competencia de la Junta General al respecto.

B) EN RELACIÓN CON EL PASIVO SOBREVENIDO:

(i) la insuficiencia de la regulación legal cuando los socios no puedan mediante su responsabilidad afrontar los derechos de crédito por haber recibido una cuota de liquidación insuficiente o incluso inexistente.

(ii) la necesaria satisfacción, en su caso, de los acreedores sociales mediante la declaración de concurso de acreedores de la sociedad cancelada, lo cual es incluso reconocido por los artículos 178.3 y 179.2 de la Ley Concursal.

(iii) los problemas litisconsorciales que ofrecería la solución de considerar que los socios son sucesores universales de las deudas surgidas tras la cancelación registral.

(iv) La aparición de activo y pasivo sobrevenido al mismo tiempo no está contemplada en la regulación positiva⁵.

Dichos razonamientos llevan a MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE a sostener la conservación de la personalidad jurídica de la sociedad cancelada a los solos efectos culminatorios del proceso de liquidación, cuando afirman al respecto lo siguiente (*vid. op. cit.*, p. 733): «Puede afirmarse, por ello, que la sociedad anónima o limitada en liquidación carece de personalidad jurídica propia del tipo societario de la que deriva su capacidad para desarrollar la actividad propia del objeto social estatutario.

La subsistencia de la personalidad jurídica tiene, en efecto, un alcance limitado: opera solo a los efectos necesarios para completar la liquidación y proteger a los acreedores y socios. La personalidad jurídica no es algo que se tiene o de lo que se carece en términos absolutos; la sociedad cancelada continúa teniendo personalidad jurídica a los efectos necesarios para completar su proceso de extinción. Lo mismo que sucede antes de la inscripción en el Registro Mercantil, en que la sociedad existe a los efectos necesarios para constituirse de forma perdurable, para concluir el proceso de su fundación. La cancelación solo constituye, por tanto, una mera presunción de extinción de la sociedad; la existencia de activo y pasivo sobrevenidos requieren una liquidación complementaria».

En nuestra opinión no pueden aceptarse en Derecho español las tesis que abogan por la calificación de sucesión a título universal en favor de los socios de la sociedad extinguida en relación con la titularidad del activo sobrevenido y la consecuente creación de una comunidad de bienes incidental sobre dicho activo sobrevenido, con la consecuencia que lo mismo ha de suponer en relación con el pasivo sobrevenido.

De acuerdo con Miquel GONZÁLEZ, «No contiene el Código ningún precepto que regule la constitución de la comunidad y este silencio es muy significativo, porque, como se ha dicho acertadamente, no hay modos específicos de constitución de la comunidad de bienes, sino que lo serán los modos de adquisición de los derechos»⁶, por lo que ¿dónde puede argumentarse la adquisición en comunidad del activo sobrevenido para la adquisición del mismo en comunidad por parte de los socios de la sociedad extinguida?

Conforme con DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, la adquisición de un derecho hace referencia a la atribución del derecho de subjetivo a una persona determinada⁷, refiriéndonos en nuestro caso al derecho subjetivo absoluto del dominio, una vez configurados los modos de adquirir la propiedad del artículo 609 del Código Civil como hechos jurídicos adquisitivos⁸. En este sentido, no existe ningún mecanismo legal atributivo del modo de adquirir el activo sobrevenido en comunidad para los socios de la sociedad extinguida, ya que la Ley de Sociedades de Capital claramente no regula ningún mecanismo de sucesión a título universal al respecto, al contrario de lo que sí hace por ejemplo la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles para el caso de la fusión o la escisión.

Así, en los casos de modificación estructural con extinción de una de las sociedades simplemente el genuino mecanismo atributivo de adquisición del de-

recho de dominio previsto en el artículo 609 del Código Civil, o sea, mediante el título y el modo, es efectuado en este caso por la ley de tal forma que se produce una auténtica transmisión inter vivos *uno actu*, donde el *título* sería el acuerdo contractual de fusión y el *modo* a través del cual se produciría la transmisión del patrimonio se efectúa por el solo ministerio de la ley al momento de producirse el acuerdo de fusión; mientras que en casos de sucesión a título universal sin extinción de sociedad (vgr. escisión parcial), el título seguiría siendo el acuerdo contractual de escisión parcial y el modo necesitaría ser operado por medio de cualquier acto equivalente a la entrega (arts. 1462 y siguientes del Código Civil)⁹.

De acuerdo con lo anterior y siendo efectivamente *la ley la que determina qué hechos o actos son supuesto de hecho de la adquisición de la propiedad* no puede encontrarse de *lega data* en nuestro Derecho una explicación satisfactoria al nacimiento de la titularidad comunitaria de los socios sobre el conocido como activo sobrevenido, ante la falta de clara disposición legal al efecto sobre la sucesión a título universal pretendida para estos casos por cierto sector doctrinal que sostiene la validez de la meritada tesis formalista¹⁰.

Siendo ello así, si se defendiera que la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad se produce con la inscripción registral de la cancelación, surge el inevitable problema de la inexistencia de titularidad por la sociedad cancelada registralmente y la correlativa falta de titularidad del activo sobrevenido por parte de los socios, o sea, nos encontraríamos ante una serie de activos que dejarían de tener propietario y sobre los cuales entrarían en juego las reglas legales existentes al respecto.

Es decir, si estuviéramos hablando de bienes inmuebles, el artículo 17 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones, establece un sistema automático de adquisición legal de los inmuebles vacantes, en el sentido de que la adquisición por parte de la Administración General del Estado de dichos bienes inmuebles que carecieren de dueño (vacantes) se producirá por ministerio de la Ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado, pudiendo la misma tomar posesión de los bienes así adquiridos en vía administrativa, siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin perjuicio de los derechos de tercero, ya que si existiese un poseedor en concepto de dueño, la Administración General del Estado habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil.

Así pues el referido precepto legal autoriza la adquisición automática del bien inmueble vacante a favor de la Administración General del Estado salvo que hubiere un poseedor en concepto de dueño, donde se haría necesaria la declaración de titularidad estatal por parte del órgano judicial competente, mediante el ejercicio de la correspondiente acción reivindicatoria en la que la Administración General del Estado pruebe la falta de dominio del poseedor en concepto de dueño actual.

Pensemos pues en el caso en que la sociedad cancelada registralmente hubiera sido la poseedora en concepto de dueño y hubiera consumado el resto de requisitos para la aplicación de la correspondiente usucapión inmobiliaria del activo inmobiliario sobrevenido que no fue incluido en el haber liquidatorio. Si no se le reconociera la personalidad jurídica (aunque atenuada a estos efectos) para la defensa como parte procesal de su titularidad adquirida por usucapión, sin duda se produciría un efecto contraproducente no deseado (la incorporación al patrimonio estatal del bien inmueble vacante), ya que durante dicho periodo posesorio en el que se hubiera consumado la usucapión por la sociedad posterior-

mente cancelada registralmente en relación con el referido activo sobrevenido, no se le podría haber reconocido durante dicho periodo temporal *ad usucaptionem* la posesión a los socios puesto que no cabe el reconocimiento de la posesión en favor de varias personas, más allá de los casos de indivisión, tal y como establece el artículo 445 del Código Civil, sin olvidar que como hemos tenido ocasión de comentar anteriormente no se puede producir en favor de estos ningún tipo de sucesión universal en relación con el citado bien inmueble.

Si estuviéramos hablando de bienes muebles, lo que habría que tener en cuenta es la posible ocupación de los mismos, en virtud de lo previsto en los artículos 610 y siguientes del Código Civil.

Obligatoriamente, ni las reglas relativas al activo y pasivo sobrevenido reguladas en la Ley de Sociedades de Capital alcanzan a ofrecer solución a problemas como el anteriormente expuesto ni las de las potestades de formalización de actos por parte de los liquidadores.

Además, si la personalidad jurídica de la sociedad existe sin necesidad de inscripción en el Registro Mercantil (cuestión diferente es la adquisición de la personalidad propia del tipo social capitalista elegido por los socios)¹¹, no se ven razones para argumentar que la misma se extingue con la inscripción en el Registro Mercantil de la cancelación social, y sin que el argumento consistente en que la voluntad de los socios ha dejado de ser la actuación social mediante su consentimiento al procedimiento de liquidación y extinción de la sociedad pueda suponer que no pueda mantenerse la personalidad jurídica atenuada a la que se ha hecho referencia antes, puesto que razones de protección de acreedores e incluso de los propios socios no resueltas con las normas establecidas al efecto en la Ley de Sociedades de Capital, suponen necesariamente una cortapisa a dicho voluntarismo extintivo.

Pese a ello, el desconcierto existente al efecto desde el punto de vista de la legitimación activa por parte de los socios de una sociedad disuelta, en relación con un activo sobrevenido, se observa en el siguiente caso enjuiciado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) núm. 464/2013 de 18 diciembre de 2013 (*JUR* 2014, 19519) donde los demandantes, que comparecen como «*sucesores legales*» de SPAGUETTI CONCERTO, S.A., sociedad disuelta y liquidada, ejercitaron acción de responsabilidad contra los administradores de JULIE ROCA EIVISSA, S.L., en reclamación de 119.219,90 euros. Dicha cantidad trae causa del contrato de arrendamiento de industria suscrito con dicha entidad, que resultó incumplido. Según se alegó en la demanda, la actora interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia 6 de Ibiza (autos 12/2006), que terminó por sentencia de 28 de junio de 2006 (documento tres de la demanda).

Pues bien, la Audiencia Provincial de Barcelona acepta inicialmente la legitimación activa de la sociedad disuelta, liquidada y cancelada registralmente al razonar lo siguiente: «*Como principal argumento para la revocación de la sentencia de instancia el demandado aduce la falta de legitimación activa de los demandantes. La demanda, como hemos expuesto, la interponen don Constantino y don Eutimio en «calidad de sucesores legales de la sociedad SPAGUETTI CONCERTO», sociedad disuelta, liquidada y cancelada registralmente.*

En torno a la legitimación, activa o pasiva, de las sociedades extinguidas, conviene recordar, al igual que hace la resolución apelada, que tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado como la jurisprudencia del Tribunal Supremo coinciden al señalar que las sociedades liquidadas conservan su personalidad jurídica para todas aquellas relaciones jurídicas que pervivan a pesar de la cancelación. Así,

la resolución de la DGRN de 13 de mayo de 1992 sostuvo que «aun después de la cancelación persiste todavía la sociedad como forma residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular (art. 221 del RRM [RCL 1996, 2112]). Como no hay obligación sin deudor, es claro que en estos casos persiste una cierta personalidad», asumiendo la representación el propio liquidador, a quien incumbe «dar cumplimiento a las obligaciones residuales, como lo es la de elevar a escritura pública de ventas ya consumadas antes de la cancelación registral de la sociedad». La DGRN concluye que «no hay ninguna contradicción entre el Registro Mercantil, que con la cancelación registral proclama que están cumpliendo las exigencias generales del proceso liquidatorio y la operación que después se realiza en nombre de la sociedad, siempre que esta operación pueda encuadrarse entre las que tienen naturaleza residual».

En el mismo sentido se pronuncia la STS, Sala Primera, de 20 de marzo de 2013 (ROJ 2013, 1614), que cita las sentencias de la misma Sala de 4 de junio de 2006 y 10 de marzo de 2001. Dice dicha sentencia que «como reiteradamente ha venido declarando el referido Centro, la cancelación de los asientos registrales de una sociedad es una mera fórmula de mecánica registral que tiene por objetivo consignar una determinada vicisitud de la sociedad (en el caso debatido, que esta se haya disuelto de pleno derecho), pero que no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica, la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad entablara».

«Como establece la doctrina más autorizada —añade dicha sentencia— al no haberse concluido el proceso liquidatorio en sentido sustancial, aunque sí formal, los liquidadores continuarán como tales y deberán seguir representando a la sociedad mientras surjan obligaciones pendientes o sobrevenidas, máxime cuando la inscripción de cancelación en el Registro Mercantil, no tiene efecto constitutivo, sino meramente declarativo».

Por tanto, la extinción total de la personalidad jurídica se producirá no solo con su cancelación formal en el Registro sino con la cancelación material de todas las relaciones pendientes. Así se deduce de los artículos 398 y 399 del TRLSC (arts. 123 de la LSRL [RCL 1953, 909 y 1065] y 228 del Código de Comercio [LEG 1885, 21]), que regulan la aparición de activos y pasivos sobrevenidos a la cancelación de los asientos registrales».

Sin embargo y asumiendo la existencia de las *mayores dudas* al respecto, reconoce la legitimación activa a los socios como «*sucesores legales*», al fallar sobre la excepción de legitimación activa interpuesta con el siguiente tenor:

«Mayores dudas suscita la intervención de don Constantino y don Eutimio como «sucesores legales» de SPAGUETTI CONCERTO S.A. Los demandantes compartían al 50% el capital social de dicha entidad y el primero fue designado liquidador (folio 38). Como bien indica la recurrente, la legitimación para distribuir un activo sobrevenido a la cancelación corresponde a los liquidadores (art. 398 del TRLSC). La representación se extiende también a los procedimientos que sea preciso entablar por la sociedad para hacer efectivo el derecho de crédito. Solo si los liquidadores incumplen su obligación, cualquier interesado puede solicitar del Juez del domicilio social que designe a una persona que los sustituya.

Ahora bien, las circunstancias específicas que concurren en este caso y razones de economía procesal aconsejan seguir el mismo criterio de la juez a quo, reconociendo legitimación a los actores. La demanda la interponen los dos únicos socios de ESPAGUETTI CONCERTO, que se han adjudicado el único bien de la sociedad, y uno de ellos asumió el cargo de liquidador. Compareciendo todos los socios y el

liquidador, y teniendo este —el Sr. Constantino— la representación de la sociedad, no es razonable dejar imprejuzgada la acción».

Por otro lado y desde el punto de vista del pasivo sobrevenido, la solución no puede ser diferente a la que hemos venido sosteniendo, es decir, la del reconocimiento de la personalidad jurídica atenuada de la sociedad cancelada registralmente, puesto que como hemos apuntado y según los acertados ejemplos expuestos por MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE, las reglas de responsabilidad del pasivo sobrevenido establecidas en la Ley de Sociedades de Capital no dan respuesta a la protección de acreedores que merecen situaciones tales como, por ejemplo, la de falta de adjudicación de bienes a los socios en el proceso liquidatorio o en los casos de activos y pasivos sobrevenidos conjuntamente.

La tesis de los autores que siguen la doctrina formalista, es decir, considerar la existencia de una sucesión universal y el nacimiento de una comunidad incidental entre los socios, nos lleva como acertadamente se ha puesto de manifiesto a desconocer la posibilidad de acreedores sociales, ni siquiera de acreedores de la comunidad incidental propugnada, ya que en definitiva sobre el pasivo sobrevenido de seguir esta teoría los acreedores particulares de los socios se confundirían con los acreedores particulares de la sociedad, lo cual implica un riesgo evidente y palmario de desprotección de los acreedores sociales en caso, por ejemplo, de insolvencia del socio correspondiente, en supuestos como los anteriormente citados.

A estos efectos, cabe recordar que en las reglas liquidatorias establecidas en la Ley de Sociedades de Capital aplicables a la sociedad en disolución o bien mediante su interpretación a la sociedad ya liquidada y cancelada tampoco se regula un mecanismo protector de los acreedores sociales como se efectúa para el caso de la sociedad civil en el artículo 1699 del Código Civil que establece literalmente que: «*los acreedores de la sociedad son preferentes a los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales. Sin perjuicio de este derecho, los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de este en el fondo social*»¹², cuya aplicabilidad al caso en que se haya dividido ya el haber social entre los socios de la sociedad civil, vendría dada por la pasividad de los acreedores en no haber ejercitado el derecho de oposición al reparto hasta que no se le paguen o afiancen sus créditos (art. 1082 del Código Civil) o bien en no haber solicitado la intervención en el reparto en garantía de que el mismo no se hiciera en fraude o perjuicio de sus derechos (art. 1083 del Código Civil), o sea, por aplicación de las normas de la partición hereditaria a la partición social, eso sí, por remisión expresa del artículo 1708 del Código Civil.

Es decir, a nuestro juicio, las reglas liquidatorias existentes en la vigente Ley de Sociedades de Capital no dan respuesta a los problemas expuestos, por lo que la tesis expuesta por autores como MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE nos parece correcta en cuanto al mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad cancelada registralmente con carácter atenuado, o sea, solo a los efectos propios de dar solución a la problemática del activo y pasivo sobrevenido a la liquidación practicada, en términos similares a los postulados que al efecto se vienen defendiendo también en ciertos sectores de la doctrina alemana e italiana, tal y como acertadamente recogen dichos autores.

Es un hecho la existencia de una graduación en la personificación de las diferentes personas jurídicas, resultando incontestable que dicha graduación en origen es reconocida si así lo establece la Ley (art. 35 del Código Civil). También es un hecho que el tradicional concepto de *persona jurídica* ha sufrido una grave

deformación, pasando desde la inicial relevancia de lo público y permanente, inherentes al propio concepto, a la búsqueda de otros valores tales como la anhelada separación patrimonial¹³, donde el sustrato personal ha decaído gravemente por el intervencionismo constante en nuestro Derecho de Sociedades, de ahí que la voluntad social de dar por extinguida a la persona jurídica cancelada registralmente no pueda servir por sí sola para hacer desaparecer por completo su personalidad jurídica, so pena de contradicción y de falta de adecuación a la realidad positiva existente, así como a su falta de regulación completa del problema tratado en aras de poder otorgar respuestas al mismo, aunque otra conclusión pudiera ser deseable de *lege ferenda*.

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN PROCESAL EN LA JURISPRUDENCIA Y LA INCERTIDUMBRE GENERADA

El análisis y tratamiento del problema analizado en la jurisprudencia tampoco deja de ser lo realmente satisfactorio que se desearía, por no decir, que en ocasiones nos ofrece soluciones desconcertantes y solo en apariencia coincidentes dogmáticamente.

De esta forma y respecto del activo sobrevenido, ya hemos dejado constancia de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) núm. 464/2013 de 18 de diciembre de 2013 (*JUR* 2014, 19519) donde si bien se acepta inicialmente la legitimación activa de la sociedad disuelta, liquidada y cancelada registralmente termina reconociendo, aunque con las *mayores dudas* al respecto, la legitimación activa a los socios como «*sucesores legales*».

Aunque es en el ámbito del pasivo sobrevenido, donde podemos encontrar una mayor casuística jurisprudencial sin resultados plenamente coherentes¹⁴.

Un didáctico resumen sobre el asunto nos lo ofrece la propia sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.^a) núm. 460/2013 de 5 de noviembre de 2013 (*JUR* 2014, 79616), al exponer las tesis al respecto del siguiente tenor:

«De la contradictoria jurisprudencia sobre la capacidad para ser parte una sociedad disuelta, liquidada y cancelada su inscripción registral.

La capacidad para ser parte o personalidad procesal es la aptitud para pedir la tutela de los tribunales y resultar afectado por decisiones jurisdiccionales sobre pretensiones de tutela judicial (art. 6 LEC [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]), es decir, la capacidad de «ser beneficiario de los efectos favorables de la sentencia que se dicte o perjudicado por la sentencia condenatoria y sufrir los efectos que de ella se derivan: cosa juzgada y ejecución forzosa» (AAP, Civil sección 1 de 9 de marzo de 2000 [ROJ: AAP ZA 82/2000]).

Desde hace tiempo, doctrina y jurisprudencia vienen cuestionándose si una sociedad que tras su disolución y liquidación ha sido extinguida —artículo 395 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (RCL 2010, 1792 y 2400), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC)— y con ello se ha procedido a la cancelación de sus asientos registrales —art. 396 TRLSC—, conserva personalidad jurídica —«controlada»— y con ello ostenta capacidad para ser parte en procedimientos judiciales —art. 6 LEC—.

La postura que niega esa capacidad se apoya recientemente en:

STS, Civil sección 1 de 25 de julio de 2012 (ROJ: STS 5693/2012), que anuló la SAP, Civil sección 7 de 3 de abril de 2009 (ROJ: SAP V 5764/2009) y, en su lugar,

desestimó la demanda interpuesta por apreciar falta de personalidad o de capacidad de ser parte en la demandada, estableciendo que:

(...)

Sin embargo, la tesis que estima la persistencia de la legitimación pasiva de una sociedad mercantil liquidada, se mantiene en: STS, Civil sección 1 de 27 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 9304/2011), que declara que:

«SEGUNDO. —Motivo primero—. (...)

La demanda se interpone contra la sociedad arrendataria de un local, reclamándole, en virtud de acción de repetición, la correspondiente indemnización por los daños derivados del incendio acaecido en dicho inmueble que afectan a la nave arrendada y a la colindante, ambas propiedad de la asegurada por la demandante.

La sociedad demandada, había sido disuelta y liquidada, inscribiéndose tales actos jurídicos en el Registro Mercantil (...) con anterioridad a la interposición de la demanda, entendiendo la recurrente que a todos los efectos había cesado la personalidad jurídica de la demandada, por lo que no debió ser llamada al procedimiento.

Establecen los artículos 109 y 123 de la LSRL (RCL 1953, 909 y 1065), en la redacción vigente en la fecha de los hechos (...)

De la referida redacción se deduce que, en algunos casos, la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no concluye con la formalización de las operaciones liquidatorias, sino cuando se agotan todas sus relaciones jurídicas, debiendo, mientras, responder de las obligaciones antiguas no extinguidas y de las obligaciones sobrevenidas (Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 13 de mayo de 1992)

Como reiteradamente ha venido declarando el referido Centro, la cancelación de los asientos registrales de una sociedad es una mera fórmula de mecánica registral que tiene por objetivo consignar una determinada vicisitud de la sociedad (en el caso debatido, que esta se haya disuelto de pleno derecho), pero que no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica, la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad entablara (Cfr. arts. 121 y 123 LSRL, 228 CC [LEG 1889, 27] y 274.1, 277.2 y 280 a y disp. trans. 6.^a.2 LSA). Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 27 de diciembre de 1999.

En este mismo sentido, esta Sala viene refiriéndose a esta situación como de «personalidad controlada» en sentencias de 4 de junio de 2000 y 10 de marzo de 2001. (...)

Como establece la doctrina más autorizada al no haberse concluido el proceso liquidatorio en sentido sustancial, aunque sí formal, los liquidadores continuarán como tales y deberán seguir representando a la sociedad mientras surjan obligaciones pendientes o sobrevenidas, máxime cuando la inscripción de cancelación en el Registro Mercantil, no tiene efecto constitutivo, sino meramente declarativo.

En resumen, no se viola en la sentencia recurrida el artículo 109 de la LSRL, pues el mismo debe ser interpretado en relación con el artículo 123 del mismo texto legal, en la redacción vigente en la fecha de autos, y 228 del C. de Comercio, lo que da como resultado la pervivencia de la personalidad jurídica de la sociedad liquidada, solo para atender a las relaciones pendientes.

Por otro lado, la sociedad a través de su administración era consciente de las obligaciones contraídas con la arrendadora, tras el incendio, por lo que la demanda interpuesta era perfectamente previsible».

STS, Civil sección 1 de 20 de marzo de 2013 (ROJ: STS 1614/2013), que en un caso referente a la responsabilidad por vicios constructivos, se expresa en términos literalmente idénticos a los utilizados por la STS, Civil sección 1 de 27 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 9304/2011) y alcanza la misma conclusión».

Por el interés suscitado, nos centramos en estos momentos en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2012 (*RJ 2012, 8372*), cuyo resumen y comentario por el propio ponente (*SALAS CARCELLER*)¹⁵, es el siguiente:

(i) Constituye un hecho no controvertido que la inscripción registral de la sociedad demandada VCC S.A. fue cancelada en fecha 29 de agosto de 2007 al ser presentada al Registrador mercantil la documentación oportuna, habiendo sido interpuesta la demanda con posterioridad.

(ii) Una sociedad anónima cuya inscripción ha sido cancelada no puede ser demandada sin solicitar al mismo tiempo del Juzgado que se deje sin efecto dicha cancelación, por haber sido realizada faltando los requisitos que la ley exige para ello, pues mientras no se declare así carece de capacidad para ser parte en un proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(iii) El artículo 278 del TR de la Ley de Sociedades Anónimas, vigente en aquella fecha, disponía que «*aprobado el balance final, los liquidadores deberán solicitar del Registrador mercantil la cancelación de los asientos referentes a la sociedad extinguida y depositar en dicho Registro los libros de comercio y documentos relativos a su tráfico*».

(iv) Es cierto que la cancelación no tiene carácter sanatorio de los posibles defectos de la liquidación. La definitiva desaparición de la sociedad solo se producirá cuando la cancelación responda a la situación real; o sea, cuando la sociedad haya sido liquidada en forma y no haya dejado acreedores insatisfechos, socios sin pagar ni patrimonio sin repartir. En otro caso, los socios y los acreedores podrán lógicamente, conforme a las normas generales, pedir la nulidad de la cancelación y la reapertura de la liquidación, para interesar al tiempo la satisfacción de su crédito, demandado en todo caso a aquellos que hubieren propiciado una indebida cancelación de la inscripción de la sociedad.

(v) Tales conclusiones se apoyan tanto en el anterior TR de la Ley de Sociedades Anónimas como en la nueva Ley de Sociedades de Capital. Esta última, tras referirse a la cancelación, dispone en su artículo 397 que «*los liquidadores serán responsables ante los socios y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con dolo o culpa en el desempeño de su cargo*»; y en su artículo 399 que «*los antiguos socios responderán solidariamente de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación*», a lo que añade que «la responsabilidad de los socios se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores», sin que en ningún momento se haga referencia a responsabilidad alguna atribuible a la sociedad extinguida y cancelada.

(vi) En igual sentido, la Disposición Transitoria Sexta.2 del anterior TR de la Ley de Sociedades Anónimas, tras referirse a la extinción y cancelación de las sociedades anónimas que no cumplieran determinados requisitos antes del 31 de diciembre de 1995 decía que «*no obstante la cancelación, subsistirá la responsabilidad personal y solidaria de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad*».

O sea, como reconoce el propio ponente de la sentencia Salas Carceller (*Vid. op. cit.*), «lo que no cabe es, sin pretender al mismo tiempo una declaración de

nulidad y de reapertura, demandar a una sociedad extinguida que carece de patrimonio, cuya inscripción en el Registro Mercantil —además— ha sido cancelada, reclamándole el pago de una deuda; pues no solo tal pretensión resulta ineficaz por razones prácticas —ya que no existe patrimonio sobre el que ejecutar una eventual condena— sino que además la sociedad demandada ha dejado de ser «persona jurídica» en los términos a que se refiere el artículo 6.1.3.^º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, carece de capacidad para ser parte —demandante o demandada— en un proceso al haber dejado de ser sujeto de derechos y de obligaciones.»

MONSALVE DEL CASTILLO, BERENGUER MORALES y BIETE RIVAS¹⁶, plantean la cuestión procesal que nos ofrece esta sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2012, razonando lo siguiente: «Por consiguiente, podríamos entender que si la parte actora que demanda a una sociedad extinguida ha pedido en el suplico de su demanda la nulidad de la cancelación de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, la sociedad extinguida sí tiene capacidad para ser parte en ese proceso. Ahora bien, ¿ciertamente, la mera inclusión de esa pretensión de nulidad en el suplico de la demanda puede sanar, *ab initio*, la falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal de la sociedad extinguida?

No olvidemos que, con motivo de la liquidación, todo el patrimonio social habrá sido ya repartido entre los antiguos socios de la entidad mercantil y que el liquidador habrá cesado en su cargo, perdiendo cualesquiera facultades de representación y administración de la sociedad extinguida. Y, en esa situación, ¿cómo podría siquiera la sociedad demandada apoderar suficientemente al procurador que hubiera de representarla en el proceso o contratar al letrado que hubiera de defender sus intereses? ¿Cómo podría cumplir voluntariamente la condena que eventualmente le fuera impuesta? Desde luego, por el mero hecho de haber pretendido en la demanda la nulidad de la cancelación de los asientos registrales de la sociedad extinguida, esta no recuperaría su personalidad jurídica y, consecuentemente la sociedad demandada carecería de capacidad para ser parte y de capacidad procesal. En este sentido, consideramos que ambos presupuestos procesales son insubsanables; o se tiene capacidad para litigar o se carece de ella, pero no resulta posible su adquisición durante la tramitación del proceso y, mucho menos, por la sola petición de nulidad de la cancelación de los asientos registrales en el suplico de la demanda.

Ciertamente, podríamos discutir si esa pretensión de nulidad de la cancelación de la inscripción registral de la sociedad es una pretensión mero-declarativa de una relación jurídica preexistente (el contrato de sociedad) o, por el contrario, se trata de una pretensión constitutiva de una consecuencia jurídica nueva (la «rehabilitación» del contrato de sociedad ya extinguido). En función de la calificación que concluyéramos apropiada, la sentencia que fuera dictada tendría efectos *«ex tunc»* (retroactivos) o *«ex nunc»* (hacia futuro). Sin embargo, lo que resulta indiscutible es que, para que cualesquiera de esos efectos se despliegue, es preciso que, primeramente, sea dictada una sentencia firme sobre la nulidad pretendida.

Ahora bien, si la sociedad demandada carece de capacidad, ¿cómo podría intervenir en todas esas fases procedimentales previas? Lógicamente, y como ocurrió en el supuesto de hecho analizado por el Tribunal Supremo en la resolución comentada, la sociedad extinguida no comparecería y sería declarada en rebeldía. Sin embargo, las actuaciones procesales que así se hubieran practicado, por haber sido tramitadas faltando algunos de los presupuestos procesales esenciales (la capacidad para ser parte y la capacidad procesal), serían nulas de

pleno derecho (incluida, claro está, la sentencia que se hubiera dictado acordando o rechazando la nulidad pretendida de la cancelación de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil) (...).

XII. Así las cosas, entendemos que el remedio procesal a la falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal de una sociedad extinguida no es demandarla pidiendo al mismo tiempo que recobre su personalidad jurídica. La resolución que comentamos no debería ser interpretada en este sentido y, de hecho, aunque el Tribunal Supremo parece apuntarlo, tampoco lo dice así expresamente.

XIII. Sobre este particular, entendemos que al menos desde la entrada en vigor de la LSC no sería preciso recurrir a la teoría de la liquidación material de la sociedad mercantil ni a la ficción de la personalidad jurídica «remanente» para la terminación de concretos actos jurídicos pendientes, a las que hacen mención varias resoluciones de nuestros tribunales para tratar de solventar los problemas causados por la falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal de una sociedad cuya inscripción en el Registro Mercantil haya sido cancelada.

(...)

Los citados artículos 398 y 399 LSC proporcionan un cauce procesal más eficaz y menos problemático, como es la atribución de legitimación pasiva a los antiguos socios y/o al liquidador. Esta vía es también, en nuestra opinión, preferible a la petición de la nulidad de la cancelación de los asientos registrales correspondientes a la sociedad extinguida, pues esta tercera vía que plantea el Tribunal Supremo en la resolución comentada no soluciona adecuadamente las trabas procesales que genera dirigir una demanda contra una sociedad carente de personalidad jurídica.»

A nuestro juicio, si bien podemos compartir las preocupaciones procesales expuestas por MONSALVE DEL CASTILLO, BERENGUER MORALES y BIETE RIVAS en relación con la solución que proponía el Tribunal Supremo sobre la necesaria petición de «*declaración de nulidad y de reapertura*», no podemos asumir por las razones expuestas en este trabajo su conclusión sobre que las reglas liquidatorias en cuanto a activos y pasivos sobrevenidos son la solución al problema sobre la personalidad jurídica de la sociedad extinguida.

Sin embargo, posteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013 (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 220/2013 (RJ 2013, 2594), vuelve a afrontar la cuestión, adoptando la tesis declarativa frente a la formalista o constitutiva de la inscripción registral de la liquidación y sin que en la misma exija la necesaria petición de «*declaración de nulidad y de reapertura*», en un proceso en que mediante el escrito rector de estas actuaciones la Intercomunidad de Propietarios Residencial Los Olivares de Sevilla ejercitó una acción de responsabilidad por vicios y defectos constructivos contra la entidad promotora «Depósitos, Representaciones y Almacenes S.A.» (DRASA), en reclamación de que se condenase a la demandada a la reparación de los vicios, patologías y daños existentes en los edificios de la Intercomunidad, que se describen en el informe elaborado por el Arquitecto D. Carlos Francisco que acompañó a la demanda, así como que se le condene a realizar la pista de tenis prevista en el proyecto presentado en su día a la Gerencia Municipal de Urbanismo, y que no ejecutó. También solicitaba en la demanda el abono de los honorarios pagados al perito autor del informe que fundaba la pretensión deducida.

La demandada compareció en las actuaciones representada por uno de sus liquidadores, D. Jesús CONTRERAS RAMOS, y se opuso a la demanda alegando que el 27 de diciembre de 2004 se procedió a la disolución de la sociedad con

liquidación simultánea y extinción mediante escritura pública de tal fecha, procediéndose a la inscripción en el Registro Mercantil el 2 de febrero de 2005, cesando los liquidadores. Que en la escritura de disolución y liquidación quedó reflejado el balance de liquidación que fue aprobado por los socios, quedando pagados todos los acreedores. Por ello entiende que DRASA ha quedado extinguida, no tiene personalidad jurídica, y carece de legitimación *ad processum* y *ad causam*.

Ante lo anterior, el Tribunal Supremo confirma la desestimación de las excepciones procesales de legitimación *ad processum* y *ad causam*, al razonar literalmente lo siguiente:

«De la referida redacción se deduce que, en algunos casos, la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no concluye con la formalización de las operaciones liquidatorias, sino cuando se agotan todas sus relaciones jurídicas, debiendo, mientras, responder de las obligaciones antiguas no extinguidas y de las obligaciones sobrevenidas (Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 13 de mayo de 1992 [RJ 1992, 5250]).»

Como reiteradamente ha venido declarando el referido Centro, la cancelación de los asientos registrales de una sociedad es una mera fórmula de mecánica registral que tiene por objetivo consignar una determinada vicisitud de la sociedad (en el caso debatido, que esta se haya disuelto de pleno derecho), pero que no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica, la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad entablara (Cfr. arts. 121 y 123LSRL, 228 CC [LEG 1889, 27] y 274.1, 277.2 y 280a y disp. trans. 6.^a 2 LSA [RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206]). Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9426).

En este mismo sentido, esta Sala viene refiriéndose a esta situación como de «personalidad controlada» en sentencias de 4 de junio de 2000 (RJ 2000, 4399) y 10 de marzo de 2001 (RJ 2001, 5965).

Por otra parte el artículo 228 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) refuerza la postura de la sentencia recurrida cuando declara que:

Desde el momento en que la sociedad se declare en liquidación, cesará la representación de los socios administradores para hacer nuevos contratos y obligaciones, quedando limitadas sus facultades, en calidad de liquidadores, a percibir los créditos de la Compañía, a extinguir las obligaciones contraídas de antemano, según vayan venciendo, y a realizar las operaciones pendientes.

Como establece la doctrina más autorizada al no haberse concluido el proceso liquidatorio en sentido sustancial, aunque sí formal, los liquidadores continuarán como tales y deberán seguir representando a la sociedad mientras surjan obligaciones pendientes o sobrevenidas, máxime cuando la inscripción de cancelación en el Registro Mercantil, no tiene efecto constitutivo, sino meramente declarativo.

En resumen, no se viola en la sentencia recurrida el artículo 109 de la LSRL ni los concordantes citados, pues el mismo debe ser interpretado en relación con el artículo 123 del mismo texto legal, en la redacción vigente en la fecha de autos, y 228 del C. de Comercio, lo que da como resultado la pervivencia de la personalidad jurídica de la sociedad liquidada, solo para atender a las relaciones pendientes STS 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 1897), REC. 1736 de 2008».

Como podemos observar, el Tribunal Supremo en esta sentencia de 20 de marzo de 2013 adopta la tesis declarativa y abandona la enigmática a la vez que preocupante proposición de «declaración de nulidad y de reapertura» que introdujo la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2012, solución que a nuestro juicio nos parece acertada según hemos venido argumentando anteriormente,

ya que mantener la posibilidad de legitimación pasiva de la sociedad cancelada registralmente solo en los casos en que conjuntamente se solicitara en el Suplico de la demanda la correspondiente «declaración de nulidad y de reapertura» supondría no solo la aparición de los problemas procesales que a título ejemplificativo apuntaban MONSALVE DEL CASTILLO, BERENGUER MORALES y BIETE RIVAS en su trabajo citado, sino también la necesaria nulidad de la totalidad de un proceso de liquidación para proceder a la aceptación de dicha legitimación pasiva que permitiera la coherencia de las existentes reglas mercantiles sobre la aparición del activo y pasivo sobrevenido, junto con las más amplias existentes sobre la personalidad jurídica y la capacidad procesal, lo que sin duda pudiera suponer la extinción por nulidad de operaciones liquidatorias bien realizadas, con el consabido perjuicio, en su caso, para los terceros.

Por tanto, la incertidumbre generada a raíz de esta Jurisprudencia procesalmente contradictoria está servida, ya que no se nos ofrece un criterio rector de actuación procesal en situaciones de activo y pasivo sobrevenido.

En este sentido y a modo de epílogo nos mostramos conforme con la tesis propuesta de que la personalidad jurídica de la sociedad extinguida y cancelada registralmente ha de mantenerse en lo estrictamente necesario para atender a situaciones que surjan como consecuencia del activo y pasivo sobrevenido, no pudiendo defenderse la reapertura del proceso de liquidación como una nulidad de lo actuado y solo como una conclusión de lo no agotado en dicha liquidación¹⁷.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CAPILLA RONCERO (1990). *Comentarios al Código Civil*. Editorial Edersa. Tomo XXI, vol. 1º: artículos 1665 a 1708 del Código Civil.
- DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III. Las Relaciones Jurídico-Reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión*. Quinta Edición. Thomson-Civitas, 2008.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1989). *Sistema de Derecho Civil. Vol. I*, séptima edición. Ed. Tecnos.
- (2012). *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, duodécima edición, Ed. Tecnos.
- FERNÁNDEZ DE LA GANDARA (2010). *Derecho de Sociedades, II*.
- MARTÍNEZ FLÓREZ Y RECALDE (2014). *Los efectos de la cancelación registral en relación con la extinción de las sociedades de capital*, en Liber Amicorum Juan Luis Iglesias, Thomson Reuters-Civitas.
- MIQUEL GONZÁLEZ (1985). *Comentarios al Código Civil*. Editorial Edersa. Tomo V, vol. 2º: Artículos 392 a 429 del Código Civil.
- (1993). *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones.
- MONSALVE DEL CASTILLO, BERENGUER MORALES y BIETE RIVAS (2013). Capacidad para ser parte de una sociedad extinguida. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2013 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona.
- PULGAR EZQUERRA (1998). *La cancelación registral de las sociedades de capital*. Mac Graw Hill.
- REDONDO TRIGO (2006). La personalidad jurídica de las sociedades irregulares. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2006. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, año LXXXIII, núm. 700.
- (2012). De nuevo sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de

junio de 2012. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), Año núm. 89, núm. 736, 2013.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (2012). voz Presupuesto subjetivo. En: Beltrán/García Cruces, *Enciclopedia de derecho concursal*, II, Cizur Menor.

SALAS CARCELLER (2012). Los derechos de los acreedores de la Sociedad Anónima cuya inscripción registral ha sido cancelada. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7/2012 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 8372)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013 (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 220/2013 de 20 de marzo (*RJ* 2013, 2594)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.^a) núm. 460/2013 de 5 de noviembre de 2013 (*JUR* 2014, 79616)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) núm. 464/2013 de 18 diciembre de 2013 (*JUR* 2014, 19519)

NOTAS

¹ FERNÁNDEZ DE LA GANDARA. *Derecho de Sociedades*, II, p. 2057, 2010.

² ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, voz Presupuesto subjetivo. En: Beltrán y García Cruces, *Enciclopedia de derecho concursal*, II, Cizur Menor, 2012, p. 2308.

³ MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE. Los efectos de la cancelación registral en relación con la extinción de las sociedades de capital. En: *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Thomson Reuters-Civitas, 2014, p. 738.

⁴ PULGAR EZQUERRA. *La cancelación registral de las sociedades de capital*. Mac Graw Hill, 1998, p. 70, sin embargo, decididamente opina en relación con el activo sobrevenido que: «en modo alguno será *nullius* y tampoco pertenecería a la sociedad extinguida con la cancelación, sino que pertenecería a los socios, en virtud del derecho a la cuota de liquidación... en relación con el eventual activo sobrevenido, existiría una comunidad incidental de la que serían comuneros los antiguos socios (art. 392 CC); ...existiría una comunidad y no una sociedad, dado que el elemento común que une a los antiguos socios ya no es una actividad de explotación, sino una copropiedad del activo sobrevenido tras la cancelación y que pertenece pro indiviso a los antiguos socios, produciéndose de alguna manera una situación próxima a una comunidad hereditaria».

A las repercusiones de esta doctrina consistente en considerar al activo sobrevenido como una comunidad incidental, se refieren MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE (*Vid. op. cit.*, p. 715, nota 56) del siguiente modo: «Son evidentes las consecuencias de esa doctrina: si uno de los comuneros (socios) ejercita una acción para reclamar bienes sobrevenidos de la sociedad y la acción es desestimada, posteriormente otros socios podrán ejercitar la misma acción, con el consiguiente perjuicio para el demandado, que puede verse sometido al proceso tantas veces como socios tuviera la sociedad y también con el correspondiente beneficio para el comunero que inicialmente vio desestimada su acción cuando posteriormente sea estimada a instancia de otros comuneros. Si un comunero se opone al ejercicio de la acción, no podrían ejercitárla los demás en beneficio de la comunidad».

⁵ MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE (*Vid. op. cit.*, p. 727) exponen la laguna referida razonando sobre la misma lo siguiente: «La aplicación literal de las normas conduciría a que los liquidadores debieran adjudicar los bienes a los antiguos socios y luego los acreedores habrían de dirigirse a los socios para reclamarles el pago hasta el límite de lo que recibieron.

Esa solución no puede mantenerse. En primer lugar, sería absurdo entregar los bienes a los socios para que luego estos los entregaran (pagaran) a los acreedores. En segundo lugar,

estaría en contradicción con las normas (arts. 391.2 LSC y 235 CCom), por cuya virtud los bienes sociales no se pueden repartir entre los socios mientras no se haya pagado a los acreedores. Y, por último, semejante solución podría perjudicar a los acreedores sociales, que, en caso de insolvencia del socio, concurrirían con los acreedores particulares del socio. La tutela de los acreedores exige que los bienes de la sociedad permanezcan separados de los de los socios, separación patrimonial que, como es sabido, constituye una característica de la personalidad jurídica.

La solución más eficiente es una transmisión y no dos: el activo sobrevenido se debe utilizar para satisfacer el pasivo sobrevenido».

⁶ MIQUEL GONZÁLEZ. *Comentarios al Código Civil*. Editorial Edersa, 1985. Tomo V, vol. 2.º: Artículos 392 a 429 del Código Civil. Asimismo, continúa razonando MIQUEL GONZÁLEZ lo siguiente: «Esta consideración es especialmente importante, porque a veces, por olvidarla, se entiende equivocadamente, a mi juicio, la distinción sociedad-comunidad. La comunidad de bienes no tiene una particular regulación en cuanto a su nacimiento, precisamente porque puede tener su origen en diversos modos de adquirir los derechos. Para que exista comunidad solamente es preciso que varios adquieran el mismo derecho. Esta consideración elemental pone de relieve que no se puede hablar de contrato de comunidad, en el sentido de un contrato por el que nazca la comunidad, como se puede hablar de contrato de sociedad, en el sentido de que nace por el simple contrato la sociedad (art. 1679: «La sociedad comienza desde el momento mismo de la celebración del contrato...»). Es obvio que por un contrato celebrado entre varios no se adquiere un derecho en común, sino, al contrario, nacen pretensiones de unos contra otros. Para que nazca a consecuencia de un contrato, mediante la tradición, una copropiedad será preciso que varios compren conjuntamente a un tercero una misma cosa y este se la entregue. De modo que la comunidad aquí no nace, como la sociedad, por un contrato entre los comuneros, sino por un contrato con un tercero (haya o no además un contrato entre los compradores). Ciertamente es posible que se establezca la comunidad en virtud de una transmisión de una cuota-parte en un objeto, en virtud de un contrato entre el propietario y el adquirente, pero en este caso la adquisición se produce por venta, donación, permuto, sociedad inclusiva, mediante la tradición siempre, y del contrato no nace el derecho común para ambos, sino que se fundamenta la adquisición de uno».

⁷ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I, séptima edición. Ed. Tecnos, 1989, p. 482, afirman que: «un derecho subjetivo nace cuando se han cumplido todos los presupuestos previstos en la norma para este resultado. En este momento se produce normalmente su adquisición, que es su atribución a una persona determinada».

⁸ DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III. Las Relaciones Jurídico-Reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión*. Quinta Edición. Thomson-Civitas, 2008, p. 856, se refiere a las fuentes de los derechos reales razonando lo siguiente: «Los supuestos o hipótesis mencionados en el artículo 609 pueden ser considerados como hechos jurídicos. Su efecto consiste en la creación de una relación jurídico-real, por lo que pertenecen al terreno de los hechos constitutivos, y pertenecen también al terreno de la adquisición (adquisición y transmisión de los derechos). Desde este punto de vista se habla de «hecho adquisitivo» o «modo de adquirir». Normalmente este hecho adquisitivo o modo de adquirir no es un hecho simple o escueto, sino un supuesto complejo de formación progresiva que puede atravesar por diferentes etapas o vicisitudes. Para describir este dato parece más gráfico hablar de un fenómeno adquisitivo o de un mecanismo de adquisición. Por regla general, todo el sistema jurídico de la dinámica de los derechos reales y del tráfico de bienes, está basado en la iniciativa de los particulares. La formación de los derechos reales, su adquisición, atribución y transmisión dependen de la voluntad. Se trata de hechos libres y voluntarios. Sin embargo, aunque sea excepcionalmente, existen también formas de constitución forzosa o heterónoma, de las relaciones jurídico-reales».

⁹ Como afirma MIQUEL GONZÁLEZ en relación con la expresión que utiliza el artículo 609 del Código Civil a la Ley como método adquisitivo de propiedad, «la mención de la ley como un modo de adquirir distinto de los demás debe rechazarse, porque la ley es la que determina qué hechos o actos son supuesto de hecho de la adquisición de la propiedad (cfr. Peña, *Derechos reales*, p. 25). La ley debe por ello describir algún modo hechos o actos

a los que anude el efecto de la adquisición. Cuando se menciona a la ley al mismo nivel que los hechos que ella debe determinar se incurre en un defecto de técnica, pero puede cubrir casos no mencionados o bien aludir a casos en que el efecto no se produce por la voluntad de los interesados o del adquirente, sino automáticamente *ipso iure*, incluso sin conocimiento del adquirente. Puede ocurrir en diversos casos de accesión, que no se menciona, o en las adquisiciones verificadas a consecuencia de la existencia de una sociedad legal de gananciales por el cónyuge que no celebra el contrato con el tercero». MIQUEL GONZÁLEZ. *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993, p. 1544.

¹⁰ Aunque en sede de sociedad civil, resultan interesantes los comentarios de CAPILLA RONCERO sobre la inexistencia de sucesión a título universal y las diferencias existentes entre el proceso de disolución y liquidación de una sociedad civil con el fenómeno de la partición hereditaria, pese a la remisión efectuada al efecto por el artículo 1708 del Código Civil, cuando razona lo siguiente: «Sin embargo, entiendo poco adecuado el símil, con carácter general, porque puede provocar la tentación de intentar explicar el fenómeno de la partición societaria desde el punto de vista de la *sucesión universal*, lo que, en mi opinión, no cabe decir para la primera. En efecto, de una parte, porque el fenómeno de la sucesión universal solamente se puede producir cuando la Ley lo disponga, y en sede de sociedad nada se indica. En segundo término, porque, manteniendo el concepto, a mi juicio, adecuado, acerca del sentido de la atribución de personalidad jurídica a las sociedades civiles, los socios eran los sujetos vinculados, aunque de una manera distinta (*uti universi*) por las relaciones sociales. La extinción de la sociedad dotada de personalidad jurídica lo único que comporta, desde este punto de vista, es que para el futuro ya no se someten las relaciones entabladas por los socios al especial régimen jurídico a que antes se sometían, pero respetándose la posición más favorable de los terceros que hubieran entrado en relación con los socios en cuanto tales socios. Es decir, que la extinción de la sociedad no debe provocarles perjuicio. Pero más allá no creo que sea conveniente extender las analogías dogmáticas entre el fenómeno sucesorio *mortis causa* y la extinción de la sociedad, al menos la civil». CAPILLA RONCERO. *Comentarios al Código Civil*. Editorial Edersa, 1990. Tomo XXI, vol. 1º: Artículos 1665 a 1708 del Código Civil.

¹¹ REDONDO TRIGO. La personalidad jurídica de las sociedades irregulares. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2006. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), año LXXXIII, núm. 700, 853-873. Aunque no de forma unánime, es cierto, nuestra última Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene reconociendo personalidad jurídica a las sociedades mercantiles no inscritas, así, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 580). Sobre cuestiones generales de personalidad jurídica de sociedades, *Vid.* REDONDO TRIGO. De nuevo sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2012. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), Año núm. 89, núm. 736, 2013.

¹² CAPILLA RONCERO (*Vid. op. cit.*), analiza de forma interesante la protección que puede establecer la previsión del artículo 1699 del Código Civil a los acreedores una vez dividido el remanente entre los socios, de la siguiente forma: «El proceso liquidatorio concluye con la división del remanente entre los socios, una vez atendidas las deudas sociales o realizadas las previsiones oportunas para atender las que venzan en lo sucesivo.

Por ello, normalmente, cesa la posibilidad de concurrencia entre los acreedores sociales, ya satisfechos y asegurados suficientemente sus créditos, y los acreedores particulares de los socios. Luego, preferencia realmente significa que se impide la posibilidad de concurrencia entre ambas categorías de acreedores, normalmente.

Acaso cabría pensar en una virtualidad residual de la preferencia que efectivamente la hiciera tal, esto es, que supusiera que los acreedores sociales y los de los socios pueden concurrir sobre el mismo patrimonio, teniendo los primeros derecho a cobrar antes que los segundos sobre el valor de realización de determinados bienes.

Sería esta hipótesis posible en el caso en que, habiéndose procedido ya a la división del haber social, e ingresado, en consecuencia, los antiguos bienes sociales en el patrimonio personal de cada socio, queden aún por pagar deudas sociales, en cuyo caso el acreedor

social tendría preferencia respecto del resto de los acreedores personales del socio, sobre los bienes que este haya recibido en el reparto final.

Mas esa preferencia, para operar, requiere, a mi juicio, de ciertas condiciones. En primer lugar, que la preferencia opere sobre bienes que fueron sociales, por lo que es preciso que estos sean individualizables en el patrimonio del socio. No debe operar la preferencia si se ha producido la total confusión entre los bienes recibidos de la sociedad y el resto de los bienes del socio, o si tales bienes ya no se encuentran en el patrimonio del socio. Acaso, si lo recibido por el socio fue una cantidad de dinero, quepa sostener que el acreedor social conservaría preferencia por el valor de la cantidad recibida por el socio.

En segundo lugar, es necesario que no sea imputable al acreedor social la situación creada. Pues, normalmente, el acreedor social puede impedirla oponiéndose a que se verifique la partición, si no se le paga o asegura suficientemente su crédito, haciendo imposible la concurrencia con los acreedores de los socios. Si por su culpa, no se opone convenientemente, debe él pechar con las consecuencias de su negligencia o imprevisión, no teniendo que padecer posteriormente las consecuencias de la misma los demás acreedores personales del socio. Cabe pensar, por ello, en el caso en que, venciendo la deuda social posteriormente a la liquidación y partición, y habiendo el acreedor social solicitado la constitución de garantía suficiente, esta, por causas no imputables a dicho acreedor, venga a menos o desaparezca. En casos como el descrito, u otros semejantes, sí parece razonable consentir que la preferencia con que contaba el acreedor social siga siendo operativa, en perjuicio de los acreedores personales del socio.

De todo lo cual se desprende que, propiamente, la preferencia en cuanto tal solamente tiene un alcance residual, ya que en la generalidad de los supuestos la garantía de los acreedores sociales se encuentra en impedir que se cree la posibilidad de concurrencia entre ellos y los acreedores particulares de los socios. A pesar de ese limitado alcance real de la preferencia, que se recoge en el artículo 1699, no cabe tacharlo de inútil: tiene la importante virtualidad de no dejar en manos de los teóricos la precisión del pretendido alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil, y de aclarar que, entre las normas de la partición hereditaria aplicables por remisión del artículo 1708, se encuentran, sin duda, los aludidos preceptos que articulan la autonomía patrimonial de la comunidad hereditaria en relación con el pago de las deudas hereditarias.

¹³ Sin desconocer la importancia en la economía actual de la persona jurídica, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN opinan sobre la cuestión lo siguiente: «Las sociedades mercantiles, y en especial la sociedad anónima, se transforman en un puro instrumento para intervenir en la vida económica, sin que exista ninguna realidad social que exija la personificación. Las personas de los socios son por completo irrelevantes hasta el punto de que se da carta de naturaleza sin ningún escrúpulo a la sociedad anónima de un solo socio y a su personalidad jurídica porque se concepturna a la persona jurídica como una técnica instrumental que sirve para separar el patrimonio de sus elementos personales, y aislar la esfera de imputación, en cuanto a los efectos y consecuencias de los actos y negocios de la persona jurídica son para ella y no para sus componentes». DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I, duodécima edición, Ed. Tecnos, 2012, página 508.

¹⁴ Para una exposición detallada de la referida Jurisprudencia, *Vid. MARTÍNEZ FLÓREZ y Andrés RECALDE, op. cit.*, pp. 702, 703 y 704.

¹⁵ SALAS CARCELLER. Los derechos de los acreedores de la Sociedad Anónima cuya inscripción registral ha sido cancelada. *Revista Aranzadi Doctrinal num. 7/2012 parte Comentario*. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2012.

¹⁶ MONSALVE DEL CASTILLO, BERENGUER MORALES y BIETE RIVAS. Capacidad para ser parte de una sociedad extinguida. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2013 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2013.

¹⁷ MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE (*Vid. op. cit.*, p. 737) razonan sobre este particular del siguiente modo: «En fin, cuando se dice que las normas sobre activo y pasivo sobrevenido son una alternativa a la reapertura de la liquidación, puesto que evitan esta si aparecen nuevos bienes o nuevos acreedores, conviene determinar lo que se entiende por *reapertura de la liquidación*. Si por tal se considera dejar sin efecto lo realizado para volver a hacerlo de nuevo, debe concederse que la aparición de activo y/o de pasivo sobrevenido

no lleva aparejada, por lo menos como regla general, la reapertura de la liquidación. Pero la reapertura también puede entenderse como continuación de aquello que quedó incompleto, de forma semejante a lo que sucede con la reapertura del concurso. Y entonces no hay dificultad para afirmar que la aparición del activo o, en su caso de pasivo determina la reapertura de la liquidación que previamente había sido cerrada, para completarla hasta su finalización y extinción».