

Análisis de la disposición transitoria sexta.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, relativa a la disolución de pleno derecho

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CUESTIONES DOCTRINALES.—III. JURISPRUDENCIA REGISTRAL: A) RESOLUCIÓN DE 13 DE MAYO DE 1992. B) RESOLUCIÓN DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1995. C) RESOLUCIÓN DE 5 DE MARZO DE 1996: 1.º *Finalidad de la disposición transitoria sexta.2. Interpretación de la misma.* 2.º *Criterio de la DGRN en cuanto al alcance de la cancelación de oficio de los asientos registrales.* 3.º *Alcance de la exigencia, en cuanto a la presentación en el Registro de la escritura relativa al aumento de capital.*—IV. COMENTARIO CRÍTICO DE LA RESOLUCIÓN DE 5 DE MARZO DE 1996: A) LA INTERPRETACIÓN. B) LA RESOLUCIÓN DE PLENO DERECHO. SU SIGNIFICADO. C) SIGNIFICADO DE LA CANCELACIÓN DE ASIENTOS. SU CONEXIÓN CON LA EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. LA POSIBLE REACTIVACIÓN. D) ALCANCE DEL SENTIDO DE LA PRESENTACIÓN EN EL REGISTRO DE LA ESCRITURA DE AUMENTO DE CAPITAL, A LOS EFECTOS DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEXTA.2. SIGNIFICADO DEL AUMENTO DE CAPITAL.—V. BREVE REFERENCIA A LA CESIÓN DEL ACTIVO Y DEL PASIVO.—VI. CONCLUSIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Como bien sabemos, la reforma societaria llevada a cabo en 1989 fue consecuencia de las Directivas comunitarias, requiriendo nuestra legislación una adaptación a las mismas. Desde entonces han pasado más de cinco años y una nueva reforma societaria ha irrumpido con fuerza en las sociedades de responsabilidad limitada; asimismo, no debemos olvidar que pronto verá la luz un nuevo Reglamento del Registro Mercantil que se adapte a esta última reforma societaria y que, por otro lado, corrija los errores que se han detectado durante estos años, y que la práctica aconseja la modificación de un, a veces, muy farragoso y burocratizador Reglamento del Registro Mercantil.

Ante este panorama, el legislador del 89 quiso facilitar los plazos y mecanismos de adaptación de las sociedades anteriores, evitando en todo momento situaciones traumáticas desde el punto de vista jurídico. De ahí que las disposiciones transitorias, tanto en la Ley de 1989 de adaptación como en el Texto Refundido de anónimas de 22 de diciembre de 1989, intentaron encargarse de ese difícil problema. Ya en su momento indicamos (1) que la necesidad de la reforma era acuciante. Existían un gran número de sociedades, especialmente anónimas, que son las que ahora nos interesan, con capitales ridículos que admitían pocas comparaciones con cualquier legislación europea de nuestro entorno; incluso la realidad de las aportaciones, así como la verificación de las mismas, no existía, tanto en las dinerarias como en las no dinerarias. Otro tema fundamental que se planteaba era el del capital social, que antes de la reforma no tenía un tope mínimo legal. Ello determinaba que en la práctica diaria nos encontrábamos con sociedades fantasmas, sobre todo por lo exiguo de su capital social. Fue tanta la preocupación del legislador en este punto, que la Ley no entró en vigor hasta el 1 de enero de 1990; pero, en cambio, en lo referente al capital mínimo social, éste entró en vigor inmediatamente. Como bien sabemos, se fijaba el tope mínimo legal para las anónimas en 10.000.000 de pesetas y en 500.000 pesetas para las limitadas.

Como iremos analizando en este trabajo, las disposiciones transitorias fueron fijando y marcando los plazos legales para ir adaptando las sociedades existentes al nuevo marco legal. De todo este conjunto de disposiciones transitorias, en este momento nos interesa analizar la disposición transitoria 6.^a.2, que establece lo siguiente: «Si antes del 31 de diciembre de 1995 las sociedades anónimas no hubieran presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras en las que conste el acuerdo de aumentar el capital social hasta el mínimo legal, la suscripción total de las acciones emitidas y el desembolso de una cuarta parte, por lo menos, del valor de cada una de esas acciones, *quedarán disueltas de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes a la sociedad disuelta*. 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». Como puede apreciarse, el efecto en principio es demoledor. Con independencia de que el legislador haya dejado plazo suficiente para que las sociedades anónimas hubiesen podido transformarse, adaptarse o disolverse, y aunque en este momento no deberíamos rasgarnos las vestiduras por el efecto sancionador impuesto por el legislador, no es menos cierto que el derecho no vive o se reproduce en un

(1) GARCÍA MAS, FRANCISCO JAVIER, en: «La nueva regulación de las sociedades mercantiles. Especial referencia a la sociedad anónima». *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, núm. 115, julio 1990, págs. 1249-1309.

laboratorio jurídico ajeno a la realidad social, sino que, muy al contrario, es consecuencia de esa realidad social. El hecho cierto es que el 31 de diciembre de 1995 existen aún sociedades anónimas que no han aumentado su capital social a la cifra de 10.000.000 de pesetas; según algunas fuentes, son 301.750 sociedades anónimas las que no han cumplido con este requisito. De todo ese conjunto societario, muchas no lo habrán hecho porque ya se encuentran inactivas o no operativas de hecho; otras, por olvido de sus representantes, pero que, en cambio, sí tienen una actividad real y efectiva, con inmuebles, deudas, trabajadores, etc.; es a estas sociedades a las que debemos dar alguna salida jurídica, no creyendo que puedan desaparecer y evaporarse de un plumazo, como traspasando el espejo mágico de Alicia en el país de las maravillas. Esta es la finalidad del presente trabajo utilizando vías de argumentación doctrinales y jurisprudenciales de la Dirección General de los Registros y del Notariado. No obstante, es necesario resaltar que todas las soluciones que se puedan aportar tienen que llegar como punto final a cumplir el mandato del legislador, es decir, a su desaparición en el tráfico jurídico.

II. CUESTIONES DOCTRINALES

La calificación jurídica que opera a la hora de analizar la disposición transitoria 2.^a objeto de estudio es que se trata de una disolución de pleno derecho pero que opera automáticamente fuera de la voluntad de los socios y, por supuesto, fuera de las causas de disolución que regula el artículo 260 de la LSA. También, no hay que olvidar que guarda alguna relación con el mecanismo operativo de la disolución por transcurso del término del artículo 261 del mismo cuerpo legal, ya que allí se establece que, transcurrido el término de duración de la sociedad, ésta se disolverá de pleno derecho, a no ser que con anterioridad hubiese sido expresamente prorrogada e inscrita la prórroga en el Registro Mercantil. Las consecuencias de esta disolución de pleno derecho, y más en concreto qué es lo que la sociedad puede hacer en orden a su actividad y a su patrimonio social, determina que algunos autores indiquen que la sociedad se ha extinguido, según se deduce de la ya citada disposición transitoria o que, al menos, se pierda la forma de anónima para convertirse en una sociedad colectiva o civil, de suerte que no serán de aplicación las normas sobre liquidación de la LSA (2). Discrepamos rotundamente de estas posturas por los argumentos que se irán dando en este trabajo.

Así pues, la voluntad del legislador es clara y rotunda, pues, de un lado, se produce la disolución de pleno derecho, y de otro, la cancelación inmediata y

(2) RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y EMILIO BELTRÁN, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Tomo XI, *Disolución y liquidación de la sociedad anónima*, Editorial Cívitas, S.A., 1992.

de oficio por el Registrador. Como se ha indicado por algún autor, la doble y simultánea sanción tiene pleno sentido en relación con las sociedades que no operan en el tráfico y, en efecto, se dictó precisamente para expulsar del Registro a sociedades inexistentes; pero produce graves consecuencias en los casos en los que la sociedad continúe operando en el tráfico (3). Estos efectos devastadores, puestos en la disposición transitoria, podrán haberse aminorado y quizá «hubiera sido más correcto no simultanear las dos sanciones, sino separarlas en el tiempo; una vez disuelta la sociedad se abriría la liquidación conforme a las normas de la LSA, y transcurrido un breve tiempo sin que los liquidadores solicitasen la cancelación se procedería a su cancelación de oficio. El resultado sería el mismo, pero los socios no se verían amenazados» (4).

Para algunos autores la disolución de pleno derecho implicaría que se abriera automáticamente el período de liquidación (5); otros autores consideran que se trataría de un supuesto más de disolución sin liquidación (6). En cuanto a las consecuencias de que se aplicaran las normas del Código de Comercio o del Código Civil por convertirse en una sociedad colectiva o civil y en consecuencia considerar que la exclusión del Registro determina una sociedad irregular sobrevenida, puede parecer interesante desde un punto de vista teórico, pero con poca consistencia práctica, que además escapa de la literalidad de la Ley e, incluso, de la intención del legislador; por ello, nos centramos en considerarlo como una auténtica disolución de pleno derecho, con las consecuencias y efectos que veremos en este trabajo (7).

A pesar del carácter taxativo y tajante que enuncia la disposición transitoria 6A2., podemos entender que como disolución de pleno derecho se abre un período de liquidación conforme al artículo 366 de la LSA. El problema radica en establecer los mecanismos para que la sociedad en liquidación sea operativa, sobre todo, en la circunstancia de que la misma posea bienes inmuebles en conexión con el Registro de la Propiedad. Se han apuntado algunas soluciones para conseguir alguna efectividad en la práctica. Así, se ha indicado (8) que en

(3) EMILIO BELTRÁN, *La disolución de la sociedad anónima*, Editorial Cívitas, S.A., 1991, pág. 95.

(4) EMILIO BELTRÁN, *ob. cit.*, pág. 95.

(5) En este sentido, R. GARCÍA VILLA VERDE, en AA.VV., *La fundación*, págs. 111-142; reseñado por EMILIO BELTRÁN en la *ob. cit.*, pág. 95, que sigue el mismo criterio.

(6) J. MASSAGUER, «El capital nominal (un estudio del capital en la sociedad anónima como mención estatutaria)», en *RGD*, 550-551, 1990, págs. 5547-5604. Reseñado a su vez por EMILIO BELTRÁN en *ob. cit.*, pág. 95.

(7) A favor de la tesis de la regulación como colectiva o como civil, J. M. EMBID, «El capital social: El principio de un capital mínimo», en *El nuevo derecho de las sociedades de capital*, Zaragoza, 1989, págs. 83-95; reseñado por EMILIO BELTRÁN, *ob. cit.*, pág. 95. Eii contra de la tesis de EMBID, R. GARCÍA VILLAVÉRDE, *ob. cit.*, asimismo reseñada por BELTRÁN, *ob. cit.*, pág. 95.

(8) AVILA NAVARRO, PEDRO, en *Gazeta de los Notarios*, núm. 76, febrero 1996, pág. 14.

primer lugar deberá pedirse al Registro Mercantil una certificación de disolución de la sociedad en la que se determine quiénes fueron los últimos administradores. El siguiente paso sería el nombramiento de liquidadores. Este nombramiento de liquidadores plantea de hecho varios problemas. En primer lugar, quién va a convocar la Junta General para el nombramiento, y todo ello en conexión con la caducidad del cargo de administradores. Y el problema, en nuestra opinión, no es tanto por qué al disolverse la sociedad cesaron en sus cargos, sino más bien por qué estos administradores tendrían sus cargos caducados, tanto si su nombramiento lo fue en su momento por tiempo indefinido como si lo fue por un plazo determinado. En esta materia es importante reseñar la de la sustitución de los administradores por los liquidadores y el momento en que esa sustitución tiene lugar. Sabemos que la Ley ha relacionado y vinculado el cese de los administradores al momento en que la sociedad se declara en liquidación, produciéndose automáticamente la sustitución en teoría en el momento de la disolución. Como acertadamente se ha establecido: «Así sucederá, ciertamente, cuando la disolución y el nombramiento de liquidadores de produzcan de forma simultánea. Pero puede ocurrir que la sociedad no proceda de modo simultáneo al nombramiento de los liquidadores... En este caso se abrirá necesariamente un período transitorio, de interinidad, entre la disolución (apartara de la liquidación) y la entrada en función de los liquidadores como órgano encargado de realizar la operación. Hemos de entender que en este supuesto la sociedad no queda sin órgano de gestión y representación... Hemos de entender, pues, que mientras no sean nombrados los liquidadores, los administradores, a pesar de la disolución conservan tanto sus facultades de gestión o de orden interno (... deberán convocar Junta General para el nombramiento de liquidadores...)» (9). Suscribimos plenamente la anterior opinión doctrinal, que en el caso de la disolución de pleno derecho cobra aún más sentido y razón; lo que ocurre es que en el supuesto que tratamos los cargos de administradores están caducados. En el primer caso, porque la disposición transitoria 4.^a del RRM establece: «Los nombramientos de cargo por tiempo indefinido realizados al amparo de la legislación anterior y que no estén admitidos por la Ley de Sociedades Anónimas caducarán a los cinco años de la entrada en vigor de este Reglamento...» En cuanto a los de plazo determinado, están caducados con toda seguridad y no han podido renovarse o, mejor dicho, inscribirse esa renovación por falta de adaptación de la cifra capital y, por supuesto, de los Estatutos. Tampoco la Ley de Sociedades Anónimas prevé, como en el caso de la nueva Ley de Sociedades Limitadas, la conversión automática de los administradores en liquidadores. De ahí que el artículo 111 de la LSA haga referencia a la convocatoria judicial previa petición de un 5 por 100 de los socios que

(9) RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y EMILIO BELTRÁN, en *Comentario...*, *ob. cit.*, págs. 112-113.

representen ese capital social. En todo caso, siempre queda la solución, que es la mejor si es posible, de una Junta Universal.

Como siguiente paso (10), también se ha indicado que se establecería el acta de la Junta, una vez celebrada ésta, con el nombramiento de los liquidadores, certificando éstos en acta; y en su caso, conforme al artículo 111 del RRM, deberá comunicarse fehacientemente su nombramiento a los antiguos administradores. Se continuará con todas las operaciones de liquidación, así como por las facultades de los liquidadores y de sus funciones, en especial del artículo 272, si bien hay que tener en cuenta que, en cuanto a la enajenación de los bienes sociales, es posible el que no se haga en pública subasta si lo acuerda así la Junta, como tiene reiteradamente determinado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la propia doctrina; y como indica AVILA NAVARRO, la misma extensión se puede hacer en la adjudicación de los bienes a los propios socios, en ambos casos, una vez satisfechas las deudas. Uno de los problemas será la conexión de estos actos en relación con el Registro de la Propiedad, ya que, en teoría, dice el mismo autor, el nombramiento de liquidadores no se inscribiría en el Registro Mercantil, ya que se han cancelado sus asientos. A pesar de ello, dicho autor preveía que aunque no se inscribiera en el Registro Mercantil, los Registradores de la Propiedad deberán permitir el acceso.

La Resolución de 5 de marzo de 1996 aclara este tema como luego analizaremos, no cerrando el Registro Mercantil en los términos y dentro de los límites que la misma establece.

Según se ha reseñado, el Director general de la DGRN indicó que las sociedades que no tengan ninguna actividad ni ningún bien han conseguido ahorrarse el trámite y el coste de su eliminación en el Registro, pero tienen la pega de la responsabilidad ilimitada de los administradores por las posibles deudas sociales (11).

Ante este panorama, la postura que creo debe presidir cualquier solución es la del sentido común, permitiendo efectivamente el acceso al Registro Mercantil de los nombramientos de los liquidadores a pesar de la cancelación de oficio de los asientos registrales (12). Esto ya se planteó en su momento

(10) En este orden, AVILA NAVARRO, PEDRO, en *Gazeta de los Notarios*, núm. 76, febrero 1996, pág. 14.

(11) Reseñado en *Gazeta de los Notarios*, núm. 76, febrero 1996, pág. 16; extractado de la prensa.

(12) SANCHEZ Rus, HELIODORO indica que: «El verdadero problema que puede suscitar la inscripción de la liquidación es de carácter formal, ya que el Registrador debe calificar por lo que resulta de los asientos del Registro que están cancelados. Tampoco parece un argumento decisivo, al menos a los efectos de la liquidación y el cierre de la hoja, puesto que en nuestro Derecho se admite la posibilidad de llevar a cabo y formalizar ciertas operaciones aun después de la cancelación de los asientos registrales... y la posición del liquidador que otorgará la escritura pública que ha de producir el cierre de la hoja registral no es en realidad muy diferente de la del liquidador que procede a elevar a

en las tertulias jurídicas que tienen lugar en la delegación del Ilustre Colegio Notarial de Granada en Málaga. Para poder llegar a unas mínimas conclusiones sería oportuno analizar cuál ha sido la postura de la DGRN en materia de sociedades, por un lado extinguidas de derecho pero no de hecho, que tienen aún operaciones que realizar pendientes, así como la postura concreta de la Dirección en el tema que nos ocupa de la disolución de pleno derecho; y la reciente Resolución de 5 de marzo de 1996, en donde se fija un criterio por parte de la Dirección que puede abrir luz sobre el tema, todo ello entremezclando con las opiniones doctrinales que se han ido perfilando sobre algunos puntos o materias conexiones con el tema central aquí planteado.

III. LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL

A) LA RESOLUCIÓN DE 13 DE MAYO DE 1992

En este estudio de aproximación, hasta llegar al momento central de la discusión objeto del trabajo parece conveniente el analizar algunas resoluciones que han sido paradigmáticas y que marcan un estilo y una concepción doctrinal y jurídica que están relacionadas con los temas planteados.

Como indica el fundamento de derecho primero, lo que se pretende en el recurso es «la inscripción de una escritura de elevación a público de cierto documento privado de compraventa, lo que el Registrador deniega por estimar que al estar extinguida la sociedad vendedora al tiempo de esa formalización son inexistentes los actos jurídicos realizados en su representación; y si se estima que aun otorgada la escritura de liquidación la sociedad subsiste por tener operaciones pendientes, debe rectificarse previamente la apariencia de extinción que produce la cancelación de los asientos respectivos en el Registro Mercantil». En el fundamento de derecho segundo se determina como supuesto de hecho que «la Junta general extraordinaria de la sociedad vendedora que acordó la disolución decidió asimismo aprobar por unanimidad el balance final de liquidación y conferir poder especial a favor del liquidador para que pueda transmitir en escritura pública los elementos registrales que no figuran en el activo de la sociedad por haber sido vendidos a sus respectivos propietarios, pero que aún no han sido escriturados a su favor...»

La Dirección General en esta resolución, y pensamos que con acierto y lógica, intenta solventar un problema que se presenta a diario y que produce

público un documento privado de compraventa». En «Aplicación práctica de la disposición transitoria 6.^a2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 13, marzo 1996, pág. 629.

graves quiebras en el principio de la seguridad jurídica frente a terceros. Es un hecho cierto que muchas sociedades desaparecen de la escena del tráfico jurídico dejando pendientes operaciones de contenido patrimonial importante, como, por ejemplo, contrataciones de precios aplazados y la consiguiente cancelación de condiciones resolutorias, elevaciones a público de documentos privados, etc. Y es en este sentido cuando la Dirección General indica en el fundamento de derecho tercero que «la frecuencia con que en el tráfico jurídico se producen actuaciones como la ahora debatida en que por disolución de las entidades constructoras y vendedoras de inmuebles urbanos se dificulta enormemente la formalización pública de los contratos de venta de los pisos y locales respectivos (a menudo consignados en simple documento privado), aconseja la búsqueda de soluciones que, garantizando debidamente el equilibrio entre los intereses concurrentes, armonice con las exigencias de agilidad y certeza del tráfico inmobiliario...»

Pues es en el fundamento de derecho cuarto de la resolución donde se intentan dar los argumentos jurídicos de mayor fuerza para salvar estas situaciones al intentar hacer una serie de distinciones entre los conceptos de disolución, liquidación, cancelación de asiento, extinción de las sociedades. En este sentido, hace referencia a que la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras la liquidación se realice y que, en efecto, la cancelación de la sociedad se produce cuando se ultimen las fases del proceso liquidatorio; a continuación se constata lo que entendemos es la base central del razonamiento, que sirve de base para la solución del recurso al indicar que «pero en rigor, aun después de la cancelación persiste todavía la sociedad como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular. Así resulta de la misma Ley, pues en ella se prevé que procede la cancelación aunque todavía estén pendientes de extinción determinadas obligaciones: obligaciones vendidas si su importe se consigna, como es posible, en forma que no equivalga al pago (cfr. art. 212 RRM); obligaciones no vencidas cuyo pago quede asegurado. Como no hay obligación sin deudor, es claro que en estos casos persiste una cierta personalidad. A ella habrán de referirse las obligaciones antiguas no extinguidas, las obligaciones sobrevenidas... y los bienes y valores sociales preteridos en el balance. No hay, pues, obstáculos para que, consiguientemente, subsistan los encargos que por acuerdo unánime de la Junta General recibió el liquidador si los mismos tienen como finalidad dar cumplimiento a obligaciones residuales...» Es, en definitiva, el carácter de operación residual la pieza clave que utiliza la Dirección para justificar, creemos que acertadamente, esas situaciones provisionales en el tiempo, pero que implican solución de auténticos problemas. Por ello, en el fundamento de derecho quinto se aduce que «no hay ninguna contradicción entre el Registro Mercantil que con la cancelación

registral proclama que están cumplidas las exigencias generales del proceso liquidatorio y la operación que después se realiza en nombre de la sociedad, siempre que esta operación pueda encuadrarse, como es el caso, entre las que tienen naturaleza residual».

Como podemos apreciar en esta Resolución, como en la de 20 de mayo de ese mismo año, hay una nueva puerta a la esperanza en la que la sociedad sigue manteniendo una cierta personalidad a pesar de la cancelación de los asientos registrales; está claro que la Dirección General está argumentando para que el Registrador de la Propiedad pueda practicar los asientos registrales correspondientes a pesar de la cancelación en el Registro Mercantil. No indica nada, en cambio, acerca de si el Registro Mercantil estará o no definitivamente cerrado a practicar futuras operaciones en las situaciones excepcionales o residuales por razones de necesidad. No era ciertamente el objeto del recurso, pero en cambio nos ha parecido conveniente el reseñar esta resolución, ya que en ella se ve una postura flexible y favorable de la Dirección a solucionar situaciones difíciles, y ello podría ser el anticipo de lo que luego se verá en la última resolución que analizaremos, relativa a la disolución de pleno derecho.

Un tema interesante y relacionado con la materia es el significado de la cancelación de los asientos registrales y su conexión con la extinción de la sociedad, todo ello conjugado en los procesos de disolución y liquidación de las sociedades anónimas. Y de ahí, quizá, pudiéramos extrapolar o extraer algún comentario para la sanción que ha impuesto el legislador a aquellas sociedades anónimas que no hallan adecuado su capital social a la cifra mínima de los diez millones de pesetas.

El problema de la determinación del momento de la extinción de la sociedad se plantea no en los supuestos normales, sino en aquellos en que «se encuentran pendientes algunas operaciones sociales, activas o pasivas, lo que puede ocurrir por dos causas: porque las operaciones sociales no pueden extinguirse todavía (al no haber vencido el término)... o porque los socios han procedido al reparto de los bienes antes de haberse extinguido íntegramente las operaciones sociales; esto es, se ha producido un reparto prematuro entre los socios...» (13). Todo ello engarza con el fenómeno final de todo proceso liquidatorio, que es la extinción de la sociedad y la cancelación de los asientos, teniendo en cuenta o no el carácter constitutivo de esa cancelación y su significado, temas que abordaremos al analizar la resolución clave de marzo de 1996.

(13) GARDEAZÁBAL DEL RÍO, FRANCISCO JAVIER, «LOS conceptos de liquidación y extinción de la sociedad anónima en la realidad», en *Estudios sobre la sociedad anónima*, II; dirigido y presentado por VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA. Editorial Cívitas, Madrid, 1993, págs. 455 y sigs.

B) RESOLUCIÓN DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1995

El supuesto de hecho se centra, como se resume en el fundamento de derecho primero, en «la posibilidad de que una sociedad anónima disuelta por transcurso del plazo de duración previsto pueda fusionarse con otra que la absorba; y de admitirse así, cuál sea la voluntad requerida para ello. Dos argumentos son la base de la calificación denegatoria: que la sociedad disuelta por tal causa no es susceptible de reactivación, y que el derecho de los accionistas a su cuota de liquidación es indisponible sin su consentimiento individual».

La Dirección intenta analizar el alcance que tiene en nuestra legislación la frase «disolución de pleno derecho», ya que el artículo 261 de la LSA establece que, «transcurrido el término de duración de la sociedad, ésta se disolverá de pleno derecho, a no ser que con anterioridad hubiese sido previamente prorrogada e inscrita la prórroga en el Registro Mercantil».

Es, pues, interesante analizar, aunque sea brevemente, esta resolución en lo relativo al alcance de la expresión ya citada y a la posible reactivación o no de la sociedad anónima. En el fundamento de derecho segundo se plantean las posibles hipótesis a desarrollar, ya que la LSA en el artículo 9.º establece que habrá que indicar el plazo de duración de la sociedad y transcurrido éste se aplicará el artículo 261, que hemos reseñado anteriormente. Por ello, la resolución establece que «ello plantea el interrogante sobre el sentido de la expresión de pleno derecho empleada por el artículo últimamente citado (está haciendo referencia al art. 261 de la LSA). Pudiera interpretarse que esta frase no tiene otro alcance que el de hacer innecesario el expreso acuerdo de disolución para que la sociedad sea reputada en tal estado una vez agotado el plazo inicial, de modo que será viable, como en los demás casos de disolución, el posterior acuerdo de reactivación o la participación en un proceso de fusión... Sin embargo, puede también sostenerse que vencido el plazo inicial no cabe otra salida que el reparto del haber social entre los socios..., quedando excluida la reactivación y la fusión; obsérvese al efecto: a) la previsión del artículo 106.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; b) el contenido normativo del artículo 223 del Código de Comercio...» Efectivamente, el artículo 106.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada establece que «no podrá acordarse la reactivación en los casos de disolución de pleno derecho». Por su parte, el artículo 223 del Código de Comercio indica que «las compañías mercantiles no se entenderán prorrogadas por la voluntad tácita o presunta de los socios después de que se hubiere cumplido el término por el cual fueron constituidas; y si los socios quieren continuar en compañía celebrarán un nuevo contrato, sujeto a todas las formalidades prescritas para su establecimiento, según se previene en el artículo 119».

A pesar de los argumentos tan aplastantes de carácter jurídico que la Dirección aporta, indica que en el caso de la sociedad anónima no hay una

opinión clara al respecto y establece en su fundamento de derecho segundo que «se hace preciso, pues, en defecto de solución específica inequívoca arbitrar remedios que compaginando los intereses prácticos subyacentes gocen de un fundamento analógico...; y en este sentido el derecho de separación de los socios». Para facilitar el criterio favorable a la fusión en este caso, que la Dirección equipara a una reactivación, continúa indicando la Dirección que, «en este sentido, el derecho de separación de los socios que no hubieren votado a favor del acuerdo resulta especialmente adecuado en cuanto a que: a) se trata del derecho reconocido para hipótesis similares en las que la voluntad social modifica *a posteriori* previsiones iniciales...; b) armoniza el objetivo de conservación de la empresa con el interés de los socios minoritarios...; c) la disolución de la sociedad, si bien no extingue la personalidad jurídica, sí provoca la pérdida definitiva de vigencia de la cláusula estatutaria relativa al objeto social; la sociedad sólo subsiste para su liquidación, de modo que su participación en un proceso de fusión por absorción en el que debe ser absorbida pierde su personalidad jurídica equivale a la sustitución del objeto social...»

Como podemos apreciar, la Dirección da una solución favorable a la fusión a pesar de la disolución por transcurso del término, pero hay que tener en cuenta que esta solución está enmarcada en un supuesto específico ya que la sociedad absorbida que se ha disuelto de pleno derecho dejará de existir y solamente en un breve espacio de tiempo es necesario mantenerla para cumplir con el fenómeno de la fusión; además, la resolución hace especial hincapié en permitir esto, siempre dejando a salvo el derecho de separación de los socios en caso de fusión; pero creemos, y esto puede ser objeto de discusión, que este punto es distinto al de la reactivación pura y dura de una sociedad disuelta de pleno derecho, bien por voluntad de los socios en el plazo de duración, bien por una disposición legal. Más aún: como después intentaremos analizar, en este segundo caso la reactivación es totalmente dudosa; más aún: creemos que es imposible.

Como se ha indicado por la doctrina, «la disolución de la sociedad por transcurso del término de duración se diferencia de las demás circunstancias recogidas en la Ley como causas de disolución en que no necesita para surtir efectos ni de una expresa declaración posterior de los accionistas ni de una declaración judicial (14). En definitiva, en la disolución de pleno derecho, en este caso por transcurso del plazo, la disolución se produce automáticamente sin necesidad de acuerdo de la Junta y entrando inmediatamente en el proceso liquidatorio. De ahí que no exista la publicidad de ese acuerdo de disolución ni su inscripción en el Registro Mercantil, ya que ha operado automáticamente

(14) RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ, y EMILIO BELTRÁN, en *Disolución...*, ob. cit., párr. 52.

te la causa de disolución (art. 261 de la LSA). Las mismas características se pueden predicar de otro caso de disolución de pleno derecho, y en concreto la producida por la no adaptación de la cifra del capital social, en conexión con la posible reactivación, la cancelación del asiento y extinción, temas que serán tratados a continuación.

C) LA RESOLUCIÓN DE 5 DE MARZO DE 1996

Esta reciente resolución, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 15 de marzo, trata de llenar el tema objeto de trabajo relativo a la disolución de pleno derecho de las sociedades anónimas que no hubiesen adecuado su capital social a la cifra mínima legal de los 10.000.000 de pesetas antes del 31 de diciembre de 1995 o, como más exactamente indica la disposición transitoria 6.ª2, si no se hubiesen presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras en las que consten dichos acuerdos. Por la importancia de la misma vamos a intentar trasladar los fundamentos de derecho en cuanto a sus puntos más esenciales, para luego ir analizando los mismos y sus consecuencias apoyándonos en las teorías doctrinales que han ido apuntándose a través del tiempo.

En cuanto al supuesto de hecho, se resume en el fundamento de derecho primero, al indicar que «presentadas en el Registro Mercantil el día 3 de enero de 1996 dos escrituras de ampliación de capital de determinada sociedad anónima... el Registrador deniega la inscripción por estimar que, con arreglo a la disposición transitoria 6.ª2 de la Ley de Sociedades Anónimas, esa sociedad está disuelta de pleno derecho y han sido cancelados de oficio los asientos registrales respectivos. Se da la circunstancia de que la segunda de las escrituras referidas en la que se amplía el capital de 5.000.000 a 10.000.000 de pesetas había sido presentada en el Registro Mercantil el 3 de mayo de 1994, suspendiéndose en aquella ocasión su despacho...»

Como indica la resolución, la cuestión que se plantea en la esencia del recurso es «dilucidar el concreto alcance del mandato normativo constituido en la disposición transitoria referida, lo que dado su contenido sancionador debe estar presidido por un sentido interpretativo estricto...»; a continuación iremos diseccionando los puntos fundamentales de la resolución transcribiendo los argumentos utilizados por la Dirección, para después utilizar la crítica a favor o en contra de los mismos.

1.º *Finalidad de la disposición transitoria 6.ª2 según la resolución.*
Interpretación de la misma

Indica la Dirección que «la finalidad de la norma es clara: la desaparición de la sociedad anónima preexistente a la nueva Ley de Sociedades

Anónimas que a partir del 31 de diciembre de 1995 no hubiere ampliado su capital por encima del mínimo legal». Indica también la Dirección que «esta desaparición no puede imponerse de forma radical en un momento determinado, con desconocimiento de las múltiples relaciones jurídicas en que la entidad pueda estar interesada»; y de ahí que la propia Dirección establezca que la sociedad no extingue su personalidad jurídica sino su disolución de pleno derecho, «expresión que ha sido acuñada por el legislador» (vid. art. 261 LSA, referente a la disolución por transcurso del término); de todo ello se deriva, en palabras de la Dirección, que «se respeta la persistencia de la personalidad jurídica de un modo transitorio, pues excluye la posibilidad de contraer nuevas obligaciones y hacer nuevos contratos (cfr. arts. 267 y 272 LSA) e impone la apertura del proceso liquidatorio encaminado a la conclusión ordenada de las relaciones jurídicas pendientes».

2.º *Criterio de la Dirección en cuanto al alcance de la cancelación de oficio de los asientos registrales. La reactivación*

Establece en el fundamento de derecho tercero que «lo anterior (está haciendo referencia al fundamento de derecho segundo, en el que trata de la subsistencia de la personalidad) en modo alguno se contradice con la previsión adicional contenida en dicha norma que impone al Registrador la cancelación inmediata y de oficio de los asientos registrales relativos a la sociedad; y es cierto que en los supuestos normales se prevé que dicha cancelación seguirá a la conclusión del proceso liquidatorio y aprobación del balance final de la sociedad; pero ni hay base legal para inferir de tal previsión que la cancelación de asientos implica la extinción de la personalidad jurídica, ni tal extinción puede anticiparse al agotamiento de todas las relaciones jurídicas pendientes de la sociedad... La cancelación de los asientos registrales de una sociedad (que no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad) puede preceder a la definitiva extinción de la personalidad de la sociedad (tanto en los supuestos normales de disolución si al formularse la solicitud del art. 278 LSA no hubieran sido tenidas en cuenta determinadas relaciones jurídicas pendientes de la sociedad, como en el caso de la disposición transitoria comentada), y en consecuencia tal situación registral no puede ser considerada como obstáculo a la práctica de eventuales asientos posteriores que la subsistencia de la personalidad jurídica implique y que sean compatibles con la transitoriedad y finalidad liquidatoria de esa subsistencia; y todo ello sin prejuzgar si es o no posible acordar la reactivación de la sociedad».

3.º *Alcance de la exigencia en cuanto a la presentación en el Registro de la escritura relativa al aumento de capital*

En el fundamento de derecho cuarto la Dirección centra el objeto de la resolución en cuanto a lo que debe entenderse por la presentación en el Registro de una escritura de aumento de capital. En este sentido, indica la Dirección que «una vez definido el alcance de la disposición transitoria 6.º.2 de la LSA y concretado su efecto a declarar la disolución de pleno derecho, se alega por el recurrente que en el caso debatido no es aplicable tal sanción por cuanto una de las escrituras de ampliación había sido ya presentada con anterioridad al 31 de diciembre de 1995». La Dirección, aunque en un primer momento parece dar un sentido contrario al definitivo, luego en su exposición lo intenta fijar al decir que «la literalidad del precepto, ciertamente, parece excluir de su ámbito el supuesto cuestionado; sin embargo, la interpretación lógica y sistemática del precepto conduce a su aplicación, sin que por ello pueda entenderse vulnerada la exigencia de interpretación estricta dado su carácter sancionador; por una parte, si el precepto se refiere a la presentación, se debe a que la fecha de los asientos registrales, a todos los efectos legales, es la del asiento de presentación del título respectivo en el libro Diario... y a fin de excluir toda duda sobre las ampliaciones presentadas antes del 31 de diciembre de 1995, aunque inscritas después pero durante la vigencia del asiento de presentación; por otra, es doctrina reiterada de este centro que los asientos registrales una vez caducados carecen de todo efecto jurídico, en especial cuando se trata del asiento de presentación que, una vez caducado, se cancela de oficio y la nueva presentación del documento dará lugar a un nuevo asiento refiriéndose a la fecha de éste su prioridad, así como la fecha del asiento definitivo que en su día se practique; en fin, porque desde los respectivos otorgamientos (14 de septiembre de 1989 y 25 de marzo de 1994) se estaba incumpliendo la obligación legal de inscripción de los títulos respectivos (cfr. arts. 144 y 162 LSA). Esta Dirección General entiende que procede confirmar el acuerdo y nota del Registrador.

IV. COMENTARIO CRÍTICO DE LA RESOLUCIÓN DE 5 DE MARZO DE 1996

A) LA INTERPRETACIÓN

En principio parece correcto que la interpretación de la disposición transitoria 6.º.2 lo sea con carácter estricto o restrictivo debido, entre otras circunstancias, a que se trata de una norma muy especial, sancionatoria, de carácter grave y que puede ocasionar perjuicios. Este es, por otra parte, el

principio general que debe presidir cualquier tipo de interpretación. No olvidemos que el artículo 3 del CCom. indica los criterios de interpretación, así como la equidad, como principio en la aplicación de las normas; y el artículo 4.2 del CCom. establece que «las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. Observamos un error en la publicación de la resolución, ya que al terminar el fundamento de derecho primero se hace referencia al artículo 4 del CCom. cuando en realidad es del CC.

B) LA RESOLUCIÓN DE PLENO DERECHO. SU SIGNIFICADO

Como ya se ha indicado, la disolución de pleno derecho, también denominada disolución automática, es la que tiene lugar cuando se produce un determinado hecho al que el ordenamiento jurídico anula la disolución (15). Los dos supuestos esenciales que prevé la LSA en relación con la disolución de pleno derecho son los de los artículos 260.1 y 2 y 261 de la LSA, y, de otro lado, los de la disposición transitoria 6.^a.2 (16).

Como ya hemos ido perfilando, los efectos de esa disolución de pleno derecho pueden ser perfectamente determinables, ya ocurra por el transcurso del término o plazo, ya por la voluntad de la Ley; en este caso por el criterio sancionador que opera en la disposición transitoria 6.^a.2. En principio, esa disolución de pleno derecho determina la apertura del proceso liquidatorio y el cese del poder de representación de los administradores. En ello coincidimos, y así también parece doctrinalmente, con lo expuesto por la resolución en el fundamento de derecho segundo. Lo que ocurre es que en este segundo caso de disolución de pleno derecho, además, el legislador ha impuesto otro efecto inmediato, automático, que es la cancelación de los asientos registrales. Coincidimos con la resolución en que se debe operar la apertura del proceso liquidatorio, y según se desprende de la misma por las normas de la LSA, pareciéndonos poco efectivas y operativas algunas de las opiniones doctrinales que ya hemos referido en su momento, que consideraban que el proceso en todo caso se regiría por las normas o de la sociedad civil o de la sociedad colectiva como sociedad base en materia mercantil. Esto, en nuestra opinión, es tener poca visión práctica de los problemas y establecer aún efectos más demoledores que los que el propio legislador ha puesto, que no son pocos, y que no han sido bien consignados ni expresados desde el punto

(15) BELTRÁN, EMILIO, *ob. cit.*, pág. 46.

(16) BELTRÁN, EMILIO, señala otro supuesto de disolución automática en la legislación especial; así, en las sociedades anónimas bancarias la disolución por revocación de la autorización administrativa para el ejercicio de dicha actividad. *Ob. cit.*, págs. 46 y 47.

de vista de una buena técnica jurídica. Por ello la sociedad no se extingue porque, queramos o no, la extinción es una cuestión que existe o puede existir, con independencia de lo que diga un legislador o de lo que publique un determinado Registro; pero esta materia está en íntima conexión con el siguiente apartado que vamos a tratar.

C) SIGNIFICADO DE LA CANCELACIÓN DE LOS ASIENTOS. SU CONEXIÓN
CON LA EXTINCIÓN Y LA PERSONALIDAD JURÍDICA. LA POSIBLE REACTIVACIÓN

No cabe duda que uno de los problemas más graves que plantea la disposición transitoria 6.^a2 es la del doble efecto sancionador; es decir, por una parte, se opera la disolución de pleno derecho, y por otra, la cancelación de oficio de los asientos registrales; y en este segundo efecto, plantea o puede plantear problemas teóricos y prácticos. Como ya indicamos, parece fuerte este doble efecto sancionador, pero la esencia del problema está en determinar el alcance, efectos, significación y conexión de la cancelación en relación con la personalidad jurídica y la extinción de la sociedad. El artículo 278 de la LSA establece: «Aprobado en 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». Se ha discutido por la doctrina el carácter o, mejor dicho, el significado de la cancelación en el Derecho español. Una parte de la doctrina entiende que el significado de la cancelación es de carácter declarativo y no constitutivo. En tal sentido, CARLON utiliza diversos argumentos, como son: «La eficacia de la inscripción, que con carácter general es meramente declarativa, y sólo constitutiva cuando se establece de manera expresa; no existe analogía con la inscripción de la constitución de la sociedad, pues la razón que mueve al legislador a exigir publicidad para la constitución es amparar a los terceros, los cuales quedarían desprotegidos si la cancelación tuviera carácter constitutivo frente a la posición que tenía antes de la cancelación; no cabe pensar que sólo la cancelación de carácter constitutivo dota de suficiente certeza el momento de la extinción, pues para ello el ideal de la cancelación debería ser no sólo constitutivo, sino también sanatorio de cualquier vicio del proceso liquidador; por último, el artículo 278 de la LSA, con arreglo al cual los liquidadores deberán solicitar del Registrador Mercantil la cancelación de los asientos referentes a la sociedad extinguida, dando prueba de que la extinción de la sociedad se ha producido antes y al margen del Registro» (17). También se ha indicado «que se podrían

(17) CARLON SÁNCHEZ, «La extinción de la sociedad anónima», *RDP*, núm. 54, 1970, págs. 18-140. Reseñado por GARDEAZÁBAL DEL RÍO en *ob. cit.*, págs. 456 y sigs.

añadir a los argumentos anteriores la literalidad del artículo 212 del RRM, que en su número dos hace referencia con criterio literal a la sociedad extinguida detallando expresamente el contenido de la escritura pública en la que se recogerán los datos necesarios para acreditar el cumplimiento de dicha extinción» (18). Creemos que en todo caso, con independencia de lo que el Registro publique o no, existirá una realidad extra registral que puede o no coincidir con la registral, pero que, en ningún caso, esta última puede imponerse a la primera. Sabemos que en muchas ocasiones, a pesar de la cancelación de los asientos registrales, por diversas circunstancias existen aún obligaciones pendientes de la sociedad e incluso operaciones patrimoniales que no se han realizado, haciendo un defectuoso proceso liquidatorio con ocasión, por ejemplo, de un reparto prematuro de los bienes. Como indica PAU PEDRÓN, «el carácter constitutivo de la inscripción depende en última instancia de la voluntad del legislador, que lo atribuye exclusivamente en los casos de constitución y de fusión, siendo inútil el plantearse si la inscripción tiene carácter constitutivo en otros casos (19). Por otra parte, otros autores estiman el carácter o la eficacia constitutiva de la cancelación, como, por ejemplo, URÍA y DE LA CÁMARA. Pero como se ha indicado con acierto, «las divergencias de apreciación al respecto son, no obstante, menos importantes de lo que a primera vista sugiere... Toda la doctrina se halla plenamente de acuerdo en que la satisfacción íntegra del pasivo es presupuesto de la extinción de la sociedad anónima» (20).

Como ha indicado algún autor, hay que plantearse en qué forma el Registrador debe dar cumplimiento a la cancelación de oficio de los asientos, llegando a la conclusión con criterio analógico del artículo 53.3 del RH, en conexión con el artículo 80 del RRM, en cuya consecuencia el Registrador deberá practicar la cancelación cuando se solicite expresamente se haya presentado algún documento relativo a la sociedad o se pida una certificación (21). También se ha planteado si procede la cancelación de la totalidad de los asientos practicados en la hoja abierta a la sociedad (22).

(18) GARDEAZÁBAL DEL RÍO, *ob. cit.*, pág. 457.

(19) PAU PEDRÓN en: «La publicidad registral de la sociedad anónima», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXX, vol. II, pág. 75. Reseñado por GARDEAZÁBAL DEL RÍO en *ob. cit.*, pág. 456.

(20) DE EIZAGUIRRE, JOSÉ M.^a, «Liquidación de la sociedad anónima», en la obra conjunta *Disolución y liquidación. Obligaciones. Artículo 260, al final. Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas dirigidos por Fernando Sánchez Calero*, tomo VIII. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, págs. 223 y sigs.

(21) SÁNCHEZ RUS, HELIODORO, *ob. cit.*, pág. 625.

(22) En este sentido, SÁNCHEZ RUS indica: «Que si la lectura de las disposiciones transitorias 3.^a, 4.^a y 6.^a 1 de la LSA suscita alguna duda respecto de los asientos ordenados por la Autoridad judicial o administrativa, parece que, al menos, deben excluirse la cancelación de las emisiones de obligaciones, supuesto harto improbable pero no com-

Lo que sí debe quedar claro, como hemos indicado repetidas veces, es que aunque se cancelen los asientos registrales puede ocurrir que la sociedad no se haya extinguido materialmente, aunque formalmente en apariencia sí (pueden seguir existiendo relaciones jurídicas anteriores que no se han tenido en cuenta en el proceso liquidatorio o también la existencia de un reparto prematuro de los bienes). En este sentido es acertado el comentario que indica que «la cancelación por sí sola no produce la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad anónima. Ello ocurre siempre que concorra con el presupuesto material de la realización de la liquidación, como sucederá en el supuesto habitual. Pero si practicada la cancelación se verificara la no realización del presupuesto material, la cancelación no impide la subsistencia de la personalidad jurídica al objeto de que se reproduzca en la medida precisa la liquidación (coincide así URÍA, y más terminantemente DE LA CÁMARA) (23). Incluso se ha indicado el procedimiento adecuado para anular la cancelación registral indebidamente realizada por no haberse llevado a cabo correctamente el proceso liquidatorio para conseguir que los asientos queden de nuevo vigentes hasta que se termine perfectamente el proceso liquidatorio (24).

No olvidemos que en el caso de la disposición transitoria 6.^a.2 se ordena la cancelación de oficio de los asientos registrales una vez que ha transcurrido el plazo final de adecuación del capital social, todo ello sin que sea necesario la realización del proceso liquidador como ocurre en los supuestos normales, ya en los de disolución por acuerdo o en los de disolución automática o de pleno derecho, como es el caso del transcurso del término. Creo que el legislador no ha estado muy acertado, más bien diríamos lo contrario; lo que ocurre es que habrá que imponer la lógica y el sentido común, que a veces en Derecho también es importante, y habrá por ello que liquidar la sociedad para agotar todas las operaciones residuales; y de ahí que la Dirección General en esta resolución tenga que arreglar el desatino del legislador, que, en nuestra opinión, debería haber puesto un período de liquidación para efectuar dichas operaciones, transcurrido el cual el Registrador de oficio cancelaría los asientos. De esta improvisación del legislador se deriva que la Dirección lo intente subsanar, indicando que a pesar de operarse la cancelación de asientos (que denomina como fórmula mecánica) tal situación registral se dice no puede ser considerada como obstáculo a la práctica de eventuales asientos posteriores «que la subsistencia de la personalidad jurídica implique y que sean compatibles con la transitoriedad y finalidad liquidatoria». Con esta

pletamente imposible al estar sujetas a un régimen de inscripción, con independencia de que la entidad emisora esté o no inmatriculada en el Registro Mercantil». *Ob. cit.*, pág. 625.

(23) EIZAGUIRRE, JOSÉ M.^a, *ob. cit.*, pág. 225.

(24) Para un seguimiento más completo de este tema véase EIZAGUIRRE, JOSÉ M.^a, *ob. cit.*, págs. 226-227.

frase que utiliza la resolución entendemos que, a pesar de la cancelación, podrá inscribirse en el Registro Mercantil el nombramiento de liquidadores por las operaciones finales hasta llegar a la extinción de la sociedad y de su personalidad jurídica. Estamos de acuerdo con la resolución en que la cancelación por sí no puede determinar la extinción de la sociedad anónima, que requiere un acto material y que, a veces, precede a la cancelación a la extinción, bien porque se ha hecho mal la liquidación (reparto prematuro), bien como en este caso de la sanción en que el legislador, de un plumazo, quiere cargarse formalmente lo que aún materialmente no se ha producido.

Como ya indicamos líneas arriba, algún autor se planteó el problema de los asientos posteriores (25).

Otro tema distinto es que, en condiciones normales, para conseguir inscripciones posteriores en el Registro Mercantil, una vez operada la cancelación debería acudir quizá a la anulación de la cancelación, cosa que aquí no puede ocurrir. Entonces la Dirección General, ante ese callejón sin salida, utiliza el argumento y razonamiento antes transcrito para permitir la inscripción de asientos posteriores aunque sea por razones de extrema necesidad. Volvemos a repetir que coincidimos en que el proceso liquidatorio se haga conforme a las normas de la LSA. Para finalizar, indicaré que entre uno de los razonamientos o exposición que hace el Registrador Mercantil en la resolución es que «la sociedad ha quedado disuelta, pero no extinguida; sin que proceda en este recurso examinar la situación jurídica nada clara en que queda la citada sociedad». También continúa diciendo el Registrador Mercantil que «es igualmente cierto que la hoja registral no ha quedado cancelada, sino los asientos, lo que no es lo mismo, por aplicación del mandato legal». Seguramente el Registrador Mercantil está con esta argumentación, no muy clara ni definida, queriendo dejar una puerta abierta a futuros asientos posteriores (por ejemplo, nombramiento de liquidadores); quizá se está dando cuenta de la oscuridad del legislador.

En cuanto a la reactivación, indicaremos que aunque la resolución no entra a resolver este tema, no obstante e incidentalmente, al final de fundamento de derecho tercero establece: «y todo ello sin prejuzgar ahora si es o no posible acordar la reactivación de la sociedad». En principio nos parece curiosa esta frase de la resolución que puede inducir a creer que es posible esta solución. Ya tuvimos ocasión de analizar la Resolución de 13 de marzo de 1993, en donde el supuesto de hecho consistía en una sociedad disuelta de pleno derecho por el transcurso del tiempo y su posterior fusión con otra por absorción, no permitiéndose por el Registrador al decir que al ser esa la causa de disolución no podía reactivarse. La Dirección permitió la fusión por argumentos ya indicados, aunque consideramos que no son

(25) SÁNCHEZ RUS, HELIODORO, *ob. cit.*, pág. 629.

exactamente iguales los términos de reactivación en sentido estricto de la sociedad siguiendo la misma en el tráfico que lo que se ha indicado como reactivación especial en el caso de la fusión por absorción, ya que las relaciones activas y pasivas vuelven a recobrar vigencia en la sociedad absorbente (26).

Pero el caso actual objeto de estudio es el de la disolución de pleno derecho impuesta como castigo, creemos como sanción por el legislador, ajena a la voluntad constituyente, como es el caso de la disolución de pleno derecho por transcurso del término. La doctrina se encuentra dividida en cuanto a la posibilidad de la reactivación en las sociedades anónimas, y así se recogen por algún autor las distintas posturas, indicándose «que la tesis positiva se basa en que la Ley no prohíbe la reactivación de la sociedad disuelta por transcurso del término, pues la finalidad del precepto es simplemente establecer el carácter automático de esta disolución... (F. PALA y A. PÉREZ DE LA CRUZ). La tesis intermedia, claramente mayoritaria, admite la reactivación en todos los casos de disolución salvo en el del cumplimiento del término, pues la Ley prohíbe la eliminación de esta específica causa de disolución y no de las demás (J. RUBIO, R. URÍA, CÁMARA, A. BERGAMO). Finalmente, la tesis negativa sostiene que si la Ley rechaza la posibilidad de reactivación en este supuesto, no hay razón para admitirlo en los demás (F. VICENT)» (27). El propio BELTRÁN expone que la reactivación no debe considerarse admisible en el Derecho vigente utilizando argumentos de carácter sistemático y de interpretación gramatical (28).

Quizá convenga centrarse en los casos de disolución de pleno derecho. La doctrina al respecto también es variada, oscilando desde su admisión en cuanto a la reactivación hasta su rechazo. Aunque la mayoría considera no posible la reactivación en el caso de disolución por transcurso del término. Por ejemplo, CÁMARA entiende que el que una causa de disolución opere de pleno derecho significa que no puede ser eliminada por la voluntad social (29). Otros autores comentan que la finalidad del precepto no es la de prohibir la reactivación de la sociedad disuelta, sino la de establecer la disolución automática de la sociedad como consecuencia de este hecho (30). BELTRÁN indica que «la Ley sólo permite la continuación de la sociedad en un supuesto excepcional. El interés de los accionistas y de los terceros en liquidación no impide que por expresa disposición legal el Gobierno así lo decida por Decreto para salvaguardar los intereses de la economía nacional y a

(26) En este sentido, GARDEAZÁBAL DEL RÍO, *ob. cit.*, pág. 441.

(27) Tesis reseñadas por EMILIO BELTRÁN en *La disolución...*, *ob. cit.*, pág. 55.

(28) EMILIO BELTRÁN en *La disolución...*, *ob. cit.*, pág. 55.

(29) MANUEL DE LA CÁMARA, *Estudios*, II, pág. 504; reseñado por EMILIO BELTRÁN en *La disolución...*, *ob. cit.*, pág. 56.

(30) Así PÉREZ DE LA CRUZ, reseñado por EMILIO BELTRÁN, *ob. cit.*, pág. 56.

petición de los accionistas que represente, al menos, la quinta parte del capital social o del personal de la empresa (art. 265 LSA) (31).

En principio, consideramos posible la reactivación de las sociedades anónimas en los casos normales de disolución, y ello aunque la LSA no lo regule explícitamente, como se ha hecho recientemente en la LSRL. Existen muchos argumentos a favor de esta posibilidad, entre otros el del carácter soberano de la Junta General como órgano de expresión de la voluntad social, hasta el propio artículo 251 de la LSA que permite la fusión de la sociedad en liquidación. El problema es más peliagudo en algunos supuestos especiales como el de la disolución por transcurso del tiempo. En principio choca con su admisibilidad el tan citado artículo 261 de la LSA, así como la nueva LSRL que se excluye la reactivación en este caso. Vimos cómo la Resolución de 8 de noviembre de 1995 permitió la fusión por absorción de una sociedad disuelta de pleno derecho. No era, ciertamente, una reactivación en el sentido estricto de la Ley como ya hemos indicado, ya que la sociedad absorbida se extingue perdiendo su personalidad en la sociedad absorbente. Por ello, en el tema de la reactivación nos parece más duro el poderse aplicar en la disolución por transcurso del término (32).

Lo que no ofrece dudas para nosotros es que en los supuestos de la disolución de pleno derecho, en virtud de la disposición transitoria 6.^a2, no es posible esa reactivación. Es el legislador el que determina ese efecto, que ni siquiera fue querido por la voluntad de los constituyentes. No se quiere que esa sociedad anónima perdure en el tiempo ni en el espacio: se pretende su extinción total (33). Otro tema es el relativo a la posibilidad de establecer una cesión global del activo y del pasivo.

D) ALCANCE DEL SENTIDO DE LA PRESENTACIÓN EN EL REGISTRO DE LA ESCRITURA DE AUMENTO DE CAPITAL A LOS EFECTOS DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 6.^a2. SIGNIFICADO DEL AUMENTO DE CAPITAL

El fundamento de derecho cuarto de la Resolución comentada de 5 de marzo es, en mi opinión, uno de los más delicados por los efectos que de él se derivan. Se dice en la misma que interpretando los conceptos de asiento registral, y en concreto de asiento de presentación, se puede indicar que aunque la

(31) EMILIO BELTRÁN, *ob. cit.*, pág. 59.

(32) Para el estudio de otros problemas que se plantean con relación a la reactivación, como, por ejemplo, el momento hasta que se pueda realizar o las mayorías necesarias, véase GARDEAZÁBAL DEL RÍO, *ob. cit.*, págs. 445 y sigs.

(33) Cuando el legislador quiere esas reactivaciones excepcionales, a pesar de la disolución de pleno derecho legal por mandato imperativo, así lo expresa, como ocurrió en la Ley de Cooperativas Andaluzas.

escritura de aumento fuese anterior al 31 de diciembre de 1995 (e incluso se presentó antes), al estar ya caducado este asiento se incumple la literalidad de lo previsto en la disposición transitoria 6.^a cuando dice: «Si antes del 31 de diciembre de 1995 las sociedades anónimas no hubieran presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras en las que conste el acuerdo de aumentar el capital social hasta el mínimo legal». La resolución utiliza el argumento de que la fecha de los asientos registrales a todos los efectos es la del asiento de presentación, pero que una vez caducados carece de todo efecto jurídico. En nuestra opinión la interpretación es exigente y rigorista.

El Centro Directivo, en general, fue menos severo en el caso de las adaptaciones. Recordemos la disposición transitoria 3.^a en sus tres párrafos, donde, por una parte, se requería la inscripción de la adaptación antes del 30 de junio de 1992, y por otra parte, los párrafos primero y segundo marcaban una duda razonable. A pesar de las dudas doctrinales, para interpretar ese punto en aquel momento, donde había interpretaciones más estrictas, la Dirección General suaviza esos criterios y en Resolución de 18 de marzo de 1992 intenta solventar el problema. Dicha resolución es contestación a una consulta; en su punto tercero establece que «este Centro Directivo considera que únicamente se exige que sea la adopción del acuerdo la que se realice dentro del plazo que concluye el 30 de junio de 1992». Utiliza diversos criterios para el razonamiento, entre otros el perjuicio para los empresarios al reducir el tiempo que disponen para la adaptación, así como también porque las normas que señalan el plazo se refieren exclusivamente al tiempo concedido para la adaptación. También en el punto cuarto indica cuáles son los mecanismos para entender cumplidos los plazos, debiéndose probar que es la adopción del acuerdo lo que debe realizarse antes del 30 de junio de 1992. Esta resolución revela el criterio de la Dirección de salvar lo que creemos no estaba nada claro, ya que la disposición transitoria 3.^a.3 indicaba que «transcurridos los plazos a que se refieren los apartados anteriores sin haberse adaptado e inscrito las medidas...», no dejaba lugar a duda de que el legislador quería otra cosa; pero quizá se impuso el sentido común y la Dirección de nuevo tuvo que arreglar lo que el legislador no había previsto por lógica.

No cabe la menor duda que la adición de la disposición transitoria 6.^a.2 es clara al hablar de presentación en el Registro, pero quizá la Dirección también pudiera utilizar argumentos como lo hizo en la Resolución de 18 de marzo de 1992; por ejemplo, «una interpretación restrictiva podrá perjudicar al empresario que hubiese actuado diligentemente y hubiese adoptado algunos de los acuerdos anteriores, pues algunos de los plazos que han de transcurrir con posterioridad a la adopción del acuerdo no corresponden a actos realizados por el empresario...»

Pero la resolución incluso, en nuestra opinión, va más allá en la interpretación rigorista, ya que se habían otorgado con anterioridad las escrituras de

aumento de capital e incluso una de ellas, la que aumentaba el capital de cinco a diez millones, había sido ya presentada en el Registro Mercantil el 3 de mayo de 1994. SÁNCHEZ RUS ya indicaba «que estamos en presencia de una norma excepcional, no exigiéndose expresamente por la Ley que el asiento de presentación estuviera vigente el 31 de diciembre de 1995, por lo que de acogerse a una interpretación estrictamente literal no debería aplicarse a aquellas sociedades anónimas que anteriormente hubieran presentado en el Registro Mercantil una escritura de aumento de capital o de transformación en sociedad de responsabilidad limitada aunque al vencimiento del citado término no se hubieran subsanado los defectos que en su momento hubieran impedido la inscripción» (34). En cambio, el criterio de la Dirección General es aún más restrictivo. Como ya hemos indicado, la resolución hace referencia al asiento de presentación, a la vigencia y caducidad del mismo, argumentos que le sirven para negar que se ha cumplido el precepto en cuanto a la presentación. Además, otro punto a tener en cuenta es el carácter o significado que debe darse a la inscripción del aumento de capital en el Registro Mercantil. Conforme hemos ido analizando el tema, existen pocos supuestos en los que la inscripción tenga naturaleza o significado constitutivo como lo es en la constitución; en ningún caso el aumento de capital puede tenerla, con independencia de otros efectos que la Ley determina, como, por ejemplo, para la transmisión de las acciones; y esto también puede servirnos como argumento para la crítica de la resolución en este punto. No debemos olvidar, en íntima conexión con todo lo aquí planteado, las transformaciones de sociedades anónimas en sociedades de responsabilidad limitada realizadas antes del 31 de diciembre de 1995 y presentadas en 1996. Somos partidarios de su acceso al Registro Mercantil por razones de eficacia práctica y seguridad del tráfico.

V. BREVE REFERENCIA A LA CESIÓN DEL ACTIVO Y DEL PASIVO

El artículo 266 de la LSA establece que «una vez disuelta la sociedad se abrirá el período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o extinción total o cualquier otro de cesión global del activo y del pasivo».

Como en otros artículos de la Ley, la interpretación doctrinal del mismo ha sido variada. Al amparo de este precepto se ha indicado que cualquier sociedad anónima podrá disolverse y ceder en bloque su activo y su pasivo a otra sociedad mercantil o a cualquier otra persona jurídica o individual (35). Se ha comentado por algún sector doctrinal que cuando la Ley indica que no

(34) SÁNCHEZ RUS, HELIODORO, *ob. cit.*, pág. 625.

(35) RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y EMILIO BELTRÁN, *ob. cit.*, págs. 106-107.

hay liquidación es necesario matizar esta frase. Dice que no la hay en el primer período o fase de la misma (satisfacción a los acreedores), pero en cambio sí que tendrá que realizarse la segunda fase de las operaciones liquidatorias (repartir entre los socios el precio recibido por la cesión global del patrimonio) (36). Como indica CÁMARA, se tratará de un supuesto de liquidación abreviada de una forma particular de liquidación del patrimonio (37). Para BELTRÁN, otro problema es «el relativo a los requisitos que dicha operación de liquidación deber reunir. Así, por ejemplo, el sistema de protección de los acreedores sociales que pudiera exigir el consentimiento individual de los acreedores al hacer esa transmisión del pasivo, hasta para las normas de la fusión» (38). No obstante, el planteamiento práctico de esta cesión no es siempre fácil, así como el determinar si nos encontramos dentro del supuesto del artículo 226 de la LSA (39). Todo ello se encuentra en conexión con la posibilidad de que a las sociedades disueltas de pleno derecho de la disposición transitoria 6.^a.2 se les pudiera dar como salida la de la cesión global del activo y del pasivo, aunque como contraargumento se puede decir que estamos haciendo una reactivación especial de la sociedad al traspasar obligaciones a otra.

VI. CONCLUSIONES FINALES

A la vista de lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta la postura de la Dirección General, así como las opiniones doctrinales y la nuestra propia, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1.^a La disolución de pleno derecho que se opera en la disposición transitoria 6.^a.2 no implica la extinción automática de la sociedad ni la de su personalidad jurídica, que se mantiene. Se abrirá automáticamente el período de liquidación nombrándose los liquidadores y con la posibilidad del acceso de su nombramiento al Registro Mercantil a pesar de la cancelación de los asientos registrales (otros problemas diferentes serán los de la convocatoria de la Junta cuando no haya Junta Universal y otros que ya hemos indicado en este trabajo).

2.^a La cancelación de asientos registrales no implica ni significa que la sociedad esté extinguida: puede seguir viva extrarregistralmente (casos de sociedades que por haber hecho el proceso liquidatorio mal han sido cance-

(36) RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ y EMILIO BELTRÁN, *ob. cit.*, pág. 107.

(37) Reseñado por EMILIO BELTRÁN, *ob. cit.*, pág. 29.

(38) EMILIO BELTRÁN, *ob. cit.*, pág. 30.

(39) Para ver y analizar el contenido de este artículo, en cuanto a la cesión del activo y del pasivo, véase GARDEAZÁBAL DEL RÍO, *ob. cit.*, págs. 419-434.

lados sus asientos, pero en cambio siguen existentes y no extinguidas. También cuando la cancelación es de oficio e impuesta como sanción por el legislador). Otro tema diferente es la manera en que se argumenta la posibilidad de inscripciones posteriores con los asientos cancelados (ya hemos analizado los argumentos de la Dirección).

3.^a Se podría también pensar en una solución para estas sociedades en la llamada cesión global del activo y del pasivo (ello a pesar de que suponga una reactivación muy especial en el sentido que se ha hablado en el trabajo). Lo que no consideramos viable en ningún caso es una reactivación pura y dura, es decir, que la sociedad siga como tal por acuerdo de los socios; creemos que sería nulo de pleno derecho.

4.^a Criticamos la interpretación rigorista de la Dirección General en cuanto a los plazos y el tratamiento de las escrituras autorizadas antes del 31 de diciembre.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS
Notario de Rincón de la Victoria (Málaga)
Profesor Asociado en Derecho Civil
de la Facultad de Derecho. Universidad de Málaga

Addenda al trabajo del análisis de la disposición transitoria 6.^a.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas relativa a la disolución de pleno derecho, en conexión con la disposición transitoria 8.^a del nuevo Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS DOS TEXTOS: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PRÁCTICA DE LOS ASIENTOS A QUE DÉ LUGAR LA LIQUIDACIÓN. 3. PRÁCTICA DE LOS ASIENTOS A QUE DÉ LUGAR LA REACTIVACIÓN: A) *Introducción*. B) *La disolución de pleno derecho. Reactivación*. C) *El artículo 242 del nuevo RRM, en relación con la disposición transitoria 8.^a, relativo a la reactivación*: C.1) *Introducción*. C.2) *Requisitos de la reactivación*: a) *Debe desaparecer la causa que motivó esa disolución*, b) *Habrà que tomar el propio acuerdo de reactivación*, c) *Acuerdo de reactivación y derecho de separación de los socios*, d) *Hasta qué momento se puede tomar el acuerdo de reactivación*. e) *La protección de los socios y de los acreedores. Los aspectos formales*, f) *El patrimonio contable no sea inferior al capital social*, g) *El nombramiento de nuevos administradores*.—III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En un reciente trabajo (1) intenté lanzarme al foso peligroso de lo desconocido para ver si se podía llegar a dar alguna solución a la conflictiva disposición transitoria 6.^a.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. En aquel trabajo se expusieron diversas vías de argumentación, tanto doctrinales como jurisprudenciales, de la Dirección General de los Registros y del Notariado; también se analizaron, entre otras, las Resoluciones de 13 de mayo de 1992 y 8 de noviembre de 1995, que servían como punto de partida a lo que iba a ser la tesis central y el hilo conductor del trabajo. Pero el análisis más profundo se centró en la Resolución de 5 de marzo de 1996, que trataba de llenar el problema específico de la disolución de pleno derecho de aquellas sociedades anónimas que a 31 de diciembre de 1995 no hubiesen elevado su capital a la cifra mínima legal, con el efecto demoledor de la cancelación de oficio de los asientos registrales.

(1) GARCÍA MAS, FRANCISCO JAVIER, «Análisis de la disposición transitoria 6.^a.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas relativa a la disolución de pleno derecho», que antecede.

La Dirección General ya dio en esa resolución sus argumentos en cuanto a la finalidad de la disposición transitoria, así como el alcance y significado de la denominada cancelación de oficio: el sentido de la exigencia en cuanto a la presentación en el Registro de la escritura por la que se aumentaba el capital. También en aquel momento traté el problema de la reactivación, las posibles soluciones para el proceso liquidatorio de estas sociedades e, incluso, el planteamiento como una solución de la cesión del activo y del pasivo (2).

Pero desde el mes de abril en que se elaboró este trabajo, así como su publicación al momento presente, se han producido algunos cambios que son, ciertamente, de gran importancia. La reciente publicación del Reglamento del Registro Mercantil, que deroga el de 1989 y que ha sido aprobado por Real Decreto 1784/96, de 19 de julio (*BOE* de 31 de julio de 1996, con entrada en vigor el 1 de agosto de 1996), ha introducido una variación, yo diría que «milagrosa», en virtud de la cual un Reglamento modifica y altera el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por un Real Decreto Legislativo y que, a su vez, se basa en la Ley de Reforma Societaria y de adaptación de las sociedades al derecho comunitario. Una de las palabras mágicas que se introduce es la de la reactivación.

Ya hemos dicho en más de una ocasión que se quiere o se quieren muchas veces parchear determinadas normas jurídicas que se lanzan en la vorágine del *Boletín Oficial del Estado* y que luego, cuando llega la hora de la verdad, no se aplican o no se quieren aplicar, bien porque ha faltado una previsión del propio legislador o bien porque se quiere dar marcha atrás en algo que nunca debería haber salido a la luz (baste recordar, entre otros ejemplos, lo acaecido en el procedimiento de ejecución extrajudicial en lo referente a la exigencia del Reglamento Hipotecario relativa a que la cláusula de dicho procedimiento en las hipotecas fuese separada; la Dirección General, girando en el rizo de lo imposible, y por arte de magia, modificó mediante una interpretación artística en sentido contrario a lo que el legislador había previsto).

Por ello, el objeto de este trabajo complementario, al que denomino *addenda* y en el que me referiré a veces insistentemente sobre el realizado en abril, ya que es la base, es centrarme en esas modificaciones operadas desde entonces, siendo válidos los demás comentarios que en su momento hice, sobre todo en el importante tema, entre otros, de lo que debería entenderse por la cancelación de asientos y la posibilidad de practicar otros posteriores a pesar de la dicción literal de la norma cuando el objeto de inscripción en el Registro Mercantil fueran las operaciones provenientes de la liquidación, así como los problemas que planteaba el nombramiento de liquidadores, convocatoria de la

(2) En relación con el análisis de la Resolución de 5 de marzo de 1996, su comentario crítico, la reactivación y el significado de la cancelación de asientos, entre otros temas.

Junta, etc. Pero no cabe la menor duda de que el objetivo de esta *addenda* es centrarse en el tema de la reactivación de la sociedad como novedad más importante. Para ello acudiremos a las últimas resoluciones de la DGRN, a las aportaciones doctrinales y, sobre todo, al texto de la nueva norma.

II. ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS DOS TEXTOS

1. INTRODUCCIÓN

La disposición transitoria 6.^a.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas establece: «Si antes del 31 de diciembre de 1995 las sociedades anónimas no hubieran presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras en las que consten el acuerdo de aumentar el capital social hasta el mínimo legal, la suscripción total de las acciones emitidas y el desembolso de una cuarta parte, por lo menos, del valor de cada una de sus acciones **quedarán disueltas de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador los asientos correspondientes a la sociedad disuelta**. 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».

La disposición transitoria 8.^a del nuevo Reglamento del Registro Mercantil ya citado establece un texto casi idéntico pero introduciendo la siguiente modificación, ya que también establece la cancelación de oficio de los asientos, pero introduciendo la frase **sin perjuicio de la práctica de los asientos a que dé lugar la liquidación o la reactivación en su caso acordada**. Como podemos apreciar, la modificación es importante en cuanto a la palabra «reactivación», con el agravante que estamos hablando de un Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto que está alterando y modificando un Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo, que a su vez se basa en una Ley.

El principio de jerarquía formal de las normas, en mi opinión, se ve bastante alterado, por no decir frustrado. Se podrá aducir por algunos que no supone una modificación especial, sino simplemente un desarrollo reglamentario; mi opinión ha quedado claramente expuesta. Más aún: el Reglamento del Registro Mercantil no deroga la disposición transitoria 6.^a.2, cosa que además no podrá hacer ni por el carácter extraordinario ni por la forma de exteriorizarse normativamente el mismo, de tal suerte que tenemos dos textos diferentes sobre un mismo tema o problema.

A pesar de ello, es nuestra obligación el intentar desarrollar el mismo analizando las dos palabras introducidas, la liquidación y la reactivación, aunque ya adelantamos se realiza en relación a esta última de la reactivación.

2. PRÁCTICA DE LOS ASIENTOS A QUE DÉ LUGAR LA LIQUIDACIÓN

En nuestra opinión, esta introducción que hace el Reglamento del Registro Mercantil no altera el texto de la disposición transitoria 6.^a.2, ya que si se producía la disolución de pleno derecho era lógico que diera el proceso liquidatorio, lo que ocurre que en circunstancias distintas a las de una disolución normal acordada por la Junta, con la consiguiente fase de liquidación y posterior extinción y cancelación. La propia Resolución de 5 de marzo de 1996 al tratar este tema estableció con claridad lo que significaba la frase relativa a la cancelación de los asientos registrales a que hacía mención la norma. El fundamento de derecho tercero de dicha resolución establecía que «lo anterior (está haciendo referencia al fundamento de derecho segundo, en el que trata de la subsistencia de la personalidad) en modo alguno se contradice con la previsión adicional contenida en dicha norma que impone al Registrador la cancelación inmediata y de oficio de los asientos registrales..., y en consecuencia, tal situación registral no puede ser considerada como obstáculo a la práctica de eventuales asientos posteriores que la subsistencia de la personalidad jurídica implique y que sean compatibles con la transitoriedad y finalidad liquidatoria de esa subsistencia, y todo ello sin prejuzgar si es o no posible acordar la reactivación de la sociedad». Como ya indicamos en su momento (3), aunque se cancelen los asientos registrales puede ocurrir que la sociedad no se haya extinguido materialmente, aunque formalmente en apariencia sí (pueden seguir existiendo relaciones jurídicas anteriores que no se han tenido en cuenta en el proceso liquidatorio, como también la existencia de un reparto prematuro de bienes). En nuestro primer trabajo sobre este tema analizamos el sentido de la palabra cancelación, su carácter declarativo y no constitutivo (4). También hemos sido partidarios desde un primer momento en que el proceso liquidatorio se hiciera conforme a las normas de la Ley de Sociedades Anónimas y no por las normas de la Sociedad Civil o de la Sociedad Colectiva, esta última como sociedad base en materia mercantil. Por ello, es lógico que se opere la apertura del proceso liquidatorio por las normas de la Ley de Sociedades Anónimas (5).

En este tema, en nuestra opinión, la introducción del término liquidación en relación con la posible práctica de asientos posteriores nos parece acertada, y mucho más si la propia disposición transitoria 6.^a.2 lo hubiera establecido desde un primer momento.

Recordemos que en la Resolución de 5 de marzo de 1996 el Registrador indicaba que «la sociedad ha quedado disuelta, pero no extinguida, sin que

(3) GARCÍA MAS, *ob. cit.*

(4) GARCÍA MAS, *ob. cit.*

(5) A favor de la tesis de la regulación como colectiva o como civil, véase a nota número 7 de mi trabajo reseñado.

proceda en este recurso examinar la situación jurídica nada clara en que queda la citada sociedad». A continuación también el propio Registrador indicaba que «es igualmente cierto que la hoja registral no ha quedado totalmente cancelada sino los asientos, lo que no es lo mismo por aplicación del mandato legal». En su momento también indiqué que el legislador no estuvo muy acertado en la dicción de la disposición transitoria 6.^a y que la propia Dirección General tuvo que arreglar el desatino del legislador (en la Resolución de 5 de marzo de 1996) en el sentido que ha quedado expuesto anteriormente. Otro tema distinto será, una vez solucionado el tema registral, que ahora ya claramente hace la disposición transitoria 8.^a, el de la problemática notarial que se presenta a la hora de llevar al documento público ese proceso liquidatorio. En su momento también tratamos este tema (6). En este momento o fase notarial sería el referente al nombramiento de liquidadores, con los problemas de quién va a convocar la Junta General, y su conexión con la caducidad del cargo de administradores, entre otras cosas porque estos administradores tendrán sus cargos caducados tanto si sus nombramientos lo fueron en su momento por tiempo indefinido como si lo fue por un plazo determinado; caducados tanto por la disposición transitoria 4.^a del ya derogado Reglamento Mercantil en el supuesto de que fuesen nombrados por tiempo indefinido, así como los que lo fueron por plazo determinado, ya que no han podido acceder a la renovación de los cargos al Registro Mercantil, no han sido adaptadas las sociedades a la nueva Ley y, sobre todo, al capital social, produciéndose un cierre registral. Queda la vía del artículo 101, en conexión con el artículo 100 de la Ley de Sociedades Anónimas, que hace referencia a la convocatoria judicial previa petición de un 5 por 100 de los socios que representen ese capital social. En todo caso, siempre la mejor solución es, si es posible, la de la Junta Universal. No olvidemos que la Ley de Sociedades Anónimas no prevé la conversión automática de los administradores en liquidadores como lo hace la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, pero en todo caso podría aplicarse ya que los administradores estarían caducados.

En este punto quiero dar un primer toque de atención a lo que luego tendremos ocasión en el sentido que el nuevo Reglamento del Registro Mercantil ha copiado literalmente lo que decía el antiguo referente a la caducidad de los administradores que hubiesen sido nombrados por tiempo indefinido en las sociedades anónimas; nos referimos a la nueva disposición transitoria 11, que vuelve a repetir que la caducidad de esos cargos lo será a los cinco años de la entrada en vigor del nuevo Reglamento. Creemos rotundamente que ha sido un lapsus el volver a introducir este texto, ya que con la anterior disposición transitoria del ya derogado Reglamento ya se había producido la caducidad.

(6) GARCÍA MAS, ob. cit.

También se indicó por algún autor, como AVILA NAVARRO, que una vez nombrados los nuevos liquidadores debería comunicarse su nombramiento a los antiguos administradores siguiendo con las funciones liquidatorias, con las facultades de los mismos y, sobre todo, en relación con la enajenación de bienes sociales (7). Como hemos indicado anteriormente, el problema de la inscripción de estos liquidadores ya no lo es a la luz de la nueva norma, aunque en nuestro trabajo ya indicábamos que la única solución lógica y posible sería esa.

3. PRÁCTICA DE LOS ASIENTOS A QUE DÉ LUGAR LA REACTIVACIÓN

A) *Introducción*

Como hemos indicado líneas arriba, la nueva disposición transitoria 8.^a introduce también esta frase de la reactivación y cuál es nuestra opinión en un primer contacto sobre esta introducción desde el punto de vista de la jerarquía formal de las normas. Esta palabra, «reactivación», apareció por primera vez en la Resolución ya comentada de 5 de marzo de 1996, en donde se decía que «todo ello sin prejuzgar si es o no posible acordar la reactivación de la sociedad» (8). En su momento dimos nuestra opinión sobre esta frase, tímidamente expuesta en la resolución. Pero con posterioridad ha habido tres resoluciones, que al menos tenga noticia, en donde la Dirección antes del nuevo Reglamento del Registro Mercantil parecía dar pasos hacia adelante sobre este tema de la reactivación.

Así, las Resoluciones de 29 y 31 de mayo y de 5 de junio de 1996, las tres relativas a la disolución de pleno derecho. La primera consistente en una transformación en limitada, así como la segunda y la última de adaptación a la nueva legislación, con el mismo esquema que la de 5 de marzo de 1996. Tomando como referencia la de 29 de mayo de 1996, la Dirección General, en el fundamento de derecho tercero de la misma, indica que: «... y todo ello sin prejuzgar ahora si, como parece deducirse de la interpretación conjunta de los artículos 261 de la Ley de Sociedades Anónimas (que prevé otro supuesto de disolución de pleno derecho) y 251 del mismo texto legal, así como de la inexistencia en esta Ley de un precepto similar al artículo 106.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, es posible acordar la reactivación de la sociedad anónima disuelta por aplicación de la disposición transitoria 6.^a de la Ley de Sociedades Anónimas, máxime si es por acuerdo unánime de todos los socios». Igual transcripción tienen las otras resoluciones ya citadas. Como podemos

(7) AVILA NAVARRO, reseñado en la nota 10 de mi trabajo.

(8) En cuanto a la primera crítica de la reactivación, véase nuestro trabajo; ob. cit.

apreciar, la Dirección General parece dejar una puerta abierta, mucho más clara, a la reactivación de la sociedad anónima, no ya dejándola apuntada de una manera tímida, sino estableciendo la posibilidad de esa reactivación, cuestión en la que no entra a resolver como es lógico, ya que no es objeto del recurso.

Los argumentos que utiliza la Dirección son los de la interpretación conjunta de los artículos 261 y 251 de la Ley de Sociedades Anónimas. Recordemos que el artículo 261, relativo a la disolución por transcurso del término, establece que «transcurrido el término de duración de la sociedad ésta se disolverá de pleno derecho, a no ser que con anterioridad hubiese sido prorrogada e inscrita la prórroga en el Registro Mercantil; por su parte, el artículo 251, relativo a la fusión de sociedades en liquidación, establece que «las sociedades en liquidación podrán participar en una fusión siempre que no haya comenzado el reparto de su patrimonio entre los accionistas. El artículo 106 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada relativo a la reactivación de la sociedad disuelta, en su número 2 establece taxativamente que *«no podrá acordarse la reactivación en los casos de disolución de pleno derecho»*. En primer lugar, hay que indicar que la Dirección aduce el artículo 106.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, pero, en nuestra opinión, de una manera sosegada, ya que el artículo 106 en todos sus apartados relativos a la reactivación no tiene un precepto similar en la Ley de Sociedades Anónimas; por ello no parece muy concluyente el recurrir a uno de sus apartados para decir que en las sociedades anónimas no se prohíbe reactivar expresamente en los casos de disolución de pleno derecho, ya que, por no haber, no existe ningún artículo sobre reactivación; no sabiendo qué es lo que el legislador hubiese establecido en materia de sociedades anónimas si hubiese sido regulada la reactivación, cosa que no ha hecho, a no ser que tengamos capacidades proféticas sobre lo que el legislador no ha hecho, pero preveyendo lo que hubiese hecho si efectivamente lo hubiese hecho. Por otra parte, el artículo 261 lo que da, en nuestra opinión, es un argumento contrario a la reactivación, ya que se opera la disolución de pleno derecho de todas formas, a no ser que con anterioridad haya sido expresamente prorrogada por la Junta e inscrita dicha prórroga en el Registro Mercantil, por lo que se deduce que al legislador no le gusta de ninguna manera que la sociedad continúe como tal.

Por ello los argumentos indicados en las resoluciones últimamente citadas «se derriten como la mantequilla» en el «aceite» jurídico que implique un análisis jurídico mínimamente serio. Ello no es óbice para que nosotros nos opongamos a la reactivación de la sociedad anónima aunque su Ley no lo prevea; lo que sí discrepamos es que pueda operarse esta reactivación en los casos de disolución de pleno derecho. El legislador en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en un texto más moderno, se inclina claramente por esta última postura, que ya defendimos en nuestro trabajo citado.

B) *La disolución de pleno derecho. Reactivación*

Hemos partido de la idea que somos partidarios de la reactivación de las sociedades anónimas en los casos normales de disolución y ello aunque la Ley de Sociedades Anónimas no lo regule explícitamente, como sí ha hecho el legislador en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995. Existen muchos argumentos a favor de esta posibilidad, entre otros el de carácter soberano de la Junta General como órgano de expresión de la voluntad social, hasta el propio artículo 251 de la Ley de Sociedades Anónimas que permite la fusión de la sociedad en liquidación. En los casos de disolución de pleno derecho la problemática es distinta; incluso la doctrina al respecto también es distinta, oscilando desde su admisión en cuanto a la reactivación hasta su rechazo.

La disolución de pleno derecho es una disolución automática prevista en la Ley en determinados supuestos de carácter muy especial, como, por ejemplo, en el caso de la disolución por transcurso del término o el supuesto excepcional y como castigo de la disolución de pleno derecho impuesta por el legislador, ajena a la voluntad constituyente por haber incumplido una obligación legal cual es la de no tener la sociedad en una fecha determinada el capital social mínimo legal.

Desde el punto de vista de la doctrina en general, es mayoritaria la tesis de la posibilidad de la reactivación de las sociedades anónimas, con la matización de admitir esa reactivación en todos los casos de disolución salvo en el del cumplimiento del término hasta incluso la tesis negativa, contraria a la disolución en todo caso (9).

En cuanto a los casos de disolución de pleno derecho, también hay distintas opiniones doctrinales, oscilando desde su admisión en cuanto a la reactivación hasta su rechazo, pero teniendo en cuenta que la mayoría de la doctrina no considera posible la reactivación de la sociedad en el caso de reactivación por transcurso del término, que es uno de los supuestos de disolución de pleno derecho (10).

No olvidemos que si el legislador quiere esas reactivaciones excepcionales, a pesar de la disolución de pleno derecho legal por mandato imperativo, así lo hace constar, como ocurrió, por ejemplo, en la Ley de Cooperativas Andaluzas. La disolución de pleno derecho se produce, como hemos indicado, automáticamente, sin necesidad de acuerdo de la Junta y entrando inmediatamente en el proceso liquidatorio, no existiendo publicidad de ese acuerdo ni la inscripción en el Registro Mercantil ya que ha operado automáticamente la causa de disolución.

(9) En cuanto al estado de la doctrina en este punto, véase nota 27 de nuestra obra citada.

(10) En cuanto al estado de la doctrina, DE LA CÁMARA, EMILIO BELTRÁN y PÉREZ DE LA CRUZ; véanse notas 29-31 de mi trabajo; ob. cit.

La Resolución de 8 de noviembre de 1995 quizá pudiera dar un argumento favorable a la posible reactivación en los casos de disolución de pleno derecho, ya que en ese momento se trataba de la posibilidad de que una sociedad anónima disuelta por transcurso del plazo de duración previsto pudiera fusionarse con otra que la absorbiera, argumentando el Registrador que la sociedad disuelta por tal causa no era susceptible de reactivación. Como ya analizamos en su momento, la Dirección daba argumentos balbuceantes en este punto, incluso dando argumentos jurídicos contrarios a dicha fusión, pero aduciendo después intereses prácticos era favorable a la fusión a pesar de la disolución por transcurso del término, estableciendo el derecho de separación de los socios que no hubiesen votado a favor del acuerdo, dando razones favorables a este derecho reconocido para hipótesis similares. En su momento indiqué que esta disolución estaba enmarcada en un supuesto específico y que la misma dejaría de existir y que solamente en un breve espacio de tiempo sería necesario mantenerla para cumplir con el fenómeno de la fusión. Incluso se ha hablado de reactivación especial para este caso de fusión por absorción, ya que las relaciones activas y pasivas vuelven a recobrar vigencia en la sociedad absorbente (11).

Como consecuencia de lo anterior nuestra opinión es más tajante y dura en los supuestos de la disolución de la disposición transitoria 6.^a2 y de la disposición transitoria 8.^a, esta última del nuevo Reglamento del Registro Mercantil. Creemos que la voluntariedad del legislador se ha impuesto a cualquier otro tipo de voluntad de los constituyentes. Por último, indicar que el propio artículo 223 del Código de Comercio indica que «las compañías mercantiles no se entenderán prorrogadas por la voluntad tácita o presunta de los socios después de que se hubiere cumplido el término por el cual fueron constituidas; y si los socios quieren continuar en compañía celebrará un nuevo contrato sujeto a todas la formalidades prescritas para su establecimiento, según se previene en el artículo 119».

C) *El artículo 242 del nuevo Reglamento del Registro Mercantil en relación con la disposición transitoria 8.^a, relativo a la reactivación*

C.1) *Introducción*

A pesar de lo indicado anteriormente por nosotros y de nuestra postura, que en muchos puntos será discutible pero que es la que creemos más lógica, está claro que no se adapta a la tenida en cuenta en la disposición transitó-

te 1) En este sentido GARDEAZÁBAL DEL RÍO, reseñado en la nota 26 de mi trabajo; ob. cit.

ria 8.^a del nuevo Reglamento del Registro Mercantil, que, como sabemos, permite la reactivación de la sociedad anónima disuelta de pleno derecho cuando no hubiese aumentado el capital social hasta el mínimo legal. Permitida, pues, la reactivación y estando huérfano de regulación en sede de anónimas, habrá que acudir, pensamos, a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en su artículo 106, y en concreto también al artículo 242 del Reglamento del Registro Mercantil que no es exclusivo para las limitadas, sino también, entre otras, para la anónima. El artículo 242 establece: «1. La inscripción de la reactivación de la sociedad se practicará en virtud de la escritura pública que documente el acuerdo de reactivación. 2. Para su inscripción en el Registro Mercantil en la escritura se hará constar, además de las circunstancias generales, las siguientes: 1.^a La manifestación de los otorgantes de que en su caso ha desaparecido la causa de disolución que motivó el acuerdo respectivo y que no ha comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios. Si la sociedad fuera anónima, de responsabilidad limitada o comanditaria por acciones se hará constar que el patrimonio contable no es inferior al capital social. 2.^a La fecha de publicación del acuerdo de reactivación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* o de la comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo si éste diese lugar al derecho de separación. 3.^a La declaración de los otorgantes sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiese prestado la sociedad. 4.^a El nombramiento de los administradores y el cese de los liquidadores». El artículo 106 en sede de limitadas recoge la mayoría de los requisitos que ha establecido, en general, el legislador en el Reglamento del Registro Mercantil. En nuestro trabajo debemos centrarnos en la reactivación de la anónima, ya que es a la que estamos haciendo referencia para el supuesto de disolución de pleno derecho por la disposición transitoria 8.^a, aunque los requisitos del artículo 242 del Reglamento lo son, en general, para todas; haciendo también hincapié en que el artículo 242 del Reglamento hace referencia específica a la posibilidad de la reactivación de la sociedad anónima en general. Pero no cabe la menor duda que en el caso de disolución de pleno derecho como castigo legal y habiendo el legislador permitido su reactivación, va a plantear ciertamente problemas específicos de mayor complejidad que en el caso de las reactivaciones normales por disolución de anónimas y limitadas en otros supuestos.

C.2) Requisitos de la reactivación

Es necesario ahora el establecer para este supuesto específico del que estamos tratando cuáles son los requisitos para que opere esta reactivación en

los casos de disolución de pleno derecho por falta de adecuación a la cifra del capital mínimo legal, a pesar de que ya hemos expuesto nuestro criterio contrario a este supuesto.

a) *El primer requisito* a tener en cuenta es que debe desaparecer la causa que motivó esa disolución. En nuestro caso será necesario el acuerdo de elevación de la cifra de capital al mínimo legal o el de la suscripción total de las acciones emitidas y el desembolso de la cuarta parte, por lo menos, del valor de cada una de las acciones. Este paso será previo a todo acuerdo de reactivación, ya que ésta no sería posible, como hemos indicado, sin que antes desaparezca la causa. Lo que ocurre es que como este supuesto tiene un carácter excepcional, la forma también lo es.

b) *En segundo lugar* habrá que tomar el propio acuerdo de la reactivación, y uno de los problemas que se plantea es el tipo de mayoría que se requiere para tomar este acuerdo. Ya hemos tenido ocasión de analizar las tres últimas resoluciones de la Dirección General que hacían hincapié de una manera más clara al supuesto de la reactivación, utilizando la frase «máxime si es por acuerdo unánime de los socios». Ello creemos puede obedecer a los que consideramos no muy fuertes argumentos que utiliza la propia Dirección para permitir la reactivación, y como contrapartida quiere exigir una unanimidad en algo que entiendo forzado de principio a fin. En nuestra opinión, aunque pudiera desprenderse de este trabajo que mi postura iba a ser la de exigir unanimidad, en cambio, una vez que el legislador ha aceptado la reactivación, creo que el régimen para tomar el acuerdo sería el de las mayorías, que exige la Ley de Sociedades Anónimas para la modificación de estatutos. No olvidemos que en todo caso, al estar hablando en sede de anónimas, no hay un precepto similar al del artículo 106 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; pero por asimilación al mismo y por el carácter de la reactivación nos inclinamos por este tipo de mayoría. El artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas hace referencia a la constitución de la Junta en supuestos especiales, en conexión con el artículo 144 relativo a los requisitos de la modificación de los estatutos (12). Otras opiniones establecen que en los casos normales de disolución por causa legítima, si la Junta no remueve esa causa consideran que «surge la facultad de cualquier interesado y la obligación de los administradores de solicitar la disolución judicial, estableciendo que en ausencia de norma expresa la reactivación de la sociedad sólo será posible con el consentimiento de todos ellos (13).

(12) En este sentido GARDEAZÁBAL DEL RIO, FRANCISCO JAVIER, en la obra: *Estudio sobre la sociedad anónima*, II. Editorial Cívitas, Madrid, 1993, pág. 448.

(13) BELTRÁN, EMILIO, en: *La disolución de la sociedad anónima*. Editorial Cívitas, S.A., 1991, págs. 56-57.

c) *Un tercer aspecto* a tener en cuenta será si el relativo acuerdo de reactivación en sede de anónimas dará lugar al derecho de separación de los socios. Desde el punto de vista doctrinal también existen variedad de criterios. Se ha establecido como punto esencial a tener en cuenta si el acuerdo de reactivación supone o no una sustitución en el objeto o más bien una simple modificación del mismo. Se ha indicado que «en rigor el acuerdo de disolución supone un cambio de objeto, pero un cambio de índole peculiar en cuanto a especialización del mismo, pues el objeto subsiste tal como fue configurado en los estatutos, el acuerdo de disolución no la altera en absoluto, pero pierde su significado como instrumento definidor de la actividad comercial propia de la sociedad que desde ese momento ha cesado» (14). También se ha establecido que «en el supuesto de que la sociedad salga por acuerdo de los socios del estado de liquidación para reemprender la actividad productora los accionistas disidentes no tienen derecho de separación, salvo el supuesto ya aludido de que la sociedad inicie su nueva actividad con un objeto distinto del que tenía anteriormente. El argumento de que la sustitución del objeto se da en todo supuesto de reactivación de la sociedad porque la sociedad disuelta pasa de tener como objeto las operaciones liquidatorias a realizar una industria lucrativa es inadmisibles porque la disolución de la sociedad no cambia el objeto señalado en los estatutos por otro distinto; lo que hace es interrumpir o suspender, salvo en la medida necesaria a la liquidación, el ejercicio de esa industria u objeto social. Nuestra vigente Ley sólo concede el derecho de separación en supuestos taxativamente determinados en ella; y si en el supuesto de prórroga de una sociedad que tiene indudables analogías con la reactivación de la sociedad disuelta no concede a los accionistas disidentes ese derecho, no hay ninguna razón para que puedan reputarse investidos de esa facultad en el caso de que la Junta General acuerde reanudar la actividad social» (15). Otra parte de la doctrina considera que la reactivación implica siempre sustitución del objeto social (16).

Los supuestos regulados en la Ley de Sociedades Anónimas a los efectos del derecho de separación se encuentran en los artículos 147, relativo a la sustitución del objeto social; el 149.2, relativo al cambio de domicilio, y el 225, que hace referencia a la transformación de la sociedad anónima en sociedad colectiva o comanditaria.

La Dirección General en la Resolución que ya hemos comentado en varias ocasiones, de 8 de noviembre de 1995, relativa a la posibilidad de que una

(14) En este sentido GARDEAZÁBAL DEL RÍO en relación con la nota 30, relativa a GIRÓN TENA, ob. cit., pág. 448.

(15) URÍA, RODRIGO; MENÉNDEZ, AURELIO, y OLIVENCIA, MANUEL, en: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo XXI, Editorial Cívitas, S.A., 1992, págs. 88-89.

(16) En este sentido BLANQUER UBEROS, ROBERTO, reseñado por GARDEAZÁBAL DEL RÍO en la nota 31 de la obra citada, pág. 449.

sociedad anónima disuelta por transcurso del plazo de duración previsto pueda fusionarse con otra que la absorba, en la que el Registrador negó esta posibilidad aduciendo que la sociedad disuelta por tal causa no era susceptible de reactivación, ha tenido argumentos para facilitar ese acuerdo de fusión. La Dirección permite la fusión, entre otros argumentos, de los que entresacamos los que más nos interesan en este punto, indicando que a pesar de no estar claro el tema, en base a la normativa actual indica en su fundamento de derecho segundo que «se hace preciso, pues, en defecto de solución específica inequívoca arbitrar remedios que compaginando los intereses prácticos subyacentes gocen de un fundamento analógico... y en este sentido el derecho de separación de los socios».

La resolución equipara este supuesto de fusión al de una reactivación en cuanto a la sociedad disuelta y establece que «en este sentido el derecho de separación de los socios que no hubieren votado a favor del acuerdo resulta especialmente adecuado en cuanto a que: a) Se trata del derecho reconocido para hipótesis similares en las que la voluntad social modifica *a posteriori* previsiones iniciales... b) Armoniza el objetivo de conservación de la empresa con el interés de los socios minoritarios... c) La disolución de la sociedad, si bien no extingue la personalidad jurídica sí provoca la pérdida definitiva de vigencia de la cláusula estatutaria relativa al objeto social... de modo que su participación en un proceso de fusión por absorción... equivale a la sustitución del objeto social...».

Como podemos apreciar, la Dirección en este caso permite el derecho de separación de los socios aunque no esté dentro de los supuestos regulados en la Ley de Sociedades Anónimas, y de otro lado considera a qué equivale la sustitución del objeto social, aunque, si bien es cierto, lo indica en un caso muy especial como lo es el que la sociedad disuelta se fusione en otra; aunque no olvidemos que se ha hablado de reactivación especial y provisional para este supuesto.

Aunque fuera, y de hecho puede ser, defendible la postura de la no existencia del derecho de separación de los socios que no han votado a favor del acuerdo, la realidad es que estamos hablando de una reactivación forzada sacada de contexto, en mi opinión contraria a toda filosofía de lo que significa la disolución de pleno derecho y más en concreto por la causa estudiada; y como consecuencia es necesario establecer el derecho de separación de los socios que no han votado a favor del acuerdo, con las previsiones legales que establece la Ley de Sociedades Anónimas en supuestos de separación de socios (art. 147 LSA, en conexión con el 335 y 145). Por supuesto, si ha habido unanimidad por parte de todos los socios, en la toma del acuerdo no existirá dicho derecho.

d) *Otro punto* a tener en cuenta es hasta qué momento se puede tomar el acuerdo de reactivación. La doctrina también en este punto es variada.

Desde los que piensan que el momento final es la cancelación (17). Otros lo concretan en el momento de la aprobación del balance final (18). Por último, se ha indicado que el momento hasta el cual pueda ser tomado el acuerdo de reactivación dependerá de si se ha iniciado o no el reparto del activo entre los socios o bien resulte obligatorio para los liquidadores, esto es, cuando haya transcurrido el plazo legal para la impugnación del balance final. En relación con esta última solución se ha indicado que es la más adecuada «en base a la aplicación analógica del artículo 251 de la Ley de Sociedades Anónimas que admite la posibilidad de que la sociedad se fusione hasta el momento en que haya comenzado el reparto del activo entre los socios» (19). La nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en su artículo 106.1 establece que, efectivamente, la Junta General podrá reactivar o acordar la reactivación de la sociedad disuelta cuando no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios. En conexión con este artículo el nuevo Reglamento del Registro Mercantil en su artículo 242.2.1.^a también indica que no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios.

e) La protección de los socios y de los acreedores. Los aspectos formales

El artículo 242.2.2.^a y 3.^a del RRM hace referencia de alguna manera a los aspectos formales de esa reactivación y a la protección de los derechos de los socios disidentes al acuerdo y, sobre todo, de la protección de los terceros acreedores.

En este sentido establece que deberá constar «la fecha de publicación del acuerdo de reactivación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* o de la comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo si éste diese lugar al derecho de separación. En principio, si la publicación fuese dirigida únicamente en beneficio de los socios y el acuerdo ha sido votado por unanimidad de todos los socios, no parecería necesario el requisito de la publicidad de dicho acuerdo, e incluso creemos que tampoco sería necesario con relación a los socios asistentes que hayan disentido siempre que se trate de Junta Universal. Pero en cambio, como luego indicaremos, **la publicación será necesaria en todo caso para la protección de los derechos de los acreedores, que deben conocer el acuerdo mediante su publicidad.** No olvidemos que en el caso que nos ocupa estamos intentando

(17) En este sentido URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN, reseñados por GARDEAZÁBAL DEL RÍO en la nota 27, *op. cit.*, pág. 447.

(18) En este sentido MANUEL DE LA CÁMARA, reseñado por GARDEAZÁBAL DEL RÍO en la nota 28, *op. cit.*, pág. 447.

(19) En este sentido GARDEAZÁBAL DEL RÍO, *op. cit.*, pág. 447.

adaptar el artículo 242 del RRM al supuesto de las anónimas con disolución de pleno derecho de la disposición transitoria 8.^a.

Este artículo, en nuestra opinión, está pensado en las sociedades limitadas, donde efectivamente, al referirse al derecho de separación de los socios, en su artículo 97.1 indica que «los acuerdos que den lugar al derecho de separación se publicarán en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. El órgano de administración podrá sustituir dicha publicación por una comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo. El derecho de separación podrá ejercitarse en tanto no transcurra un mes, contado desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación». Buena prueba de lo indicado anteriormente es la transcripción casi literal del texto que hace el artículo 242 del Reglamento del Registro Mercantil. Creemos que en sede de anónimas la publicación del acuerdo en el *BORME* debe ser siempre obligatoria, y no estableciéndose la alternativa que se determina en sede de limitadas. Sí estamos de acuerdo en que debe existir derecho de separación por los argumentos que dimos en su momento, habrá que remitirse a la sede de las sociedades anónimas con criterio analógico del artículo 147 de dicha Ley, que en su punto 1, párrafo 2.º, establece: «el derecho habrá de ejercitarse por escrito en el plazo de un mes a contar desde la comunicación del acuerdo en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. En cambio, de la lectura del artículo 242 del nuevo Reglamento parece derivar que el acuerdo de reactivación no dé el derecho de separación de los socios disidentes, ya que indica: «si éste diese lugar al derecho de separación» (está haciendo referencia al acuerdo de reactivación).

Para los partidarios de que no exista ese derecho de separación, en el caso concreto que tratamos en esta *addenda*, no será necesaria dicha publicidad en cuanto al propio acuerdo de reactivación, ya que el propio Reglamento, en su artículo 242.2.2.^a *in fine*, hace referencia a la publicación si el acuerdo diera lugar al derecho de separación o, en su caso, a la comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo.

Por supuesto, y como hemos indicado anteriormente, si existe unanimidad de todos los socios no se daría ese derecho de separación y a primera vista parecería innecesaria la publicación en este caso de anónimas; pero hay que tener en cuenta que existen otros terceros, que son los acreedores, que tienen un derecho de oposición y que tienen el derecho de ejercitarlo desde que lo conocen, y este mecanismo de conocimiento es el de la publicidad necesaria mediante la oportuna publicación, como luego veremos. Siendo congruentes con este derecho de separación, si éste se ejercita efectivamente habrá que acudir a la reducción de capital correspondiente, pero en operación «acordeón» al aumento simultáneo si queda por debajo del mínimo legal aun después del primer paso, que será siempre, como indicamos líneas arriba, el de salir de la causa de disolución de pleno derecho.

Otro tema **será el del derecho de los terceros acreedores y el aspecto formal que de él se deriva**. En este sentido el nuevo Reglamento toca el tema al indicar que uno de los puntos de la escritura pública de ese acuerdo de reactivación es «la declaración de los otorgantes sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiese prestado la sociedad». Aquí nos encontramos con otro punto específico en sede de anónimas pero que también lo tiene en el de las limitadas, es decir, la protección desde el punto de vista formal con relación a los terceros acreedores.

En sede de limitadas, el artículo 106.3 establece que «los acreedores sociales podrán oponerse al acuerdo de reactivación, en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos en la Ley, para el caso de fusión. Aquí el aspecto de garantía para los terceros acreedores desde el punto de vista formal es mucho más exigente incluso en sede de limitadas (menos severa, en general, que las anónimas), ya que este artículo citado se remite a la fusión de sociedades; y como bien sabemos, el artículo 94 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en el tema de fusión, a su vez se remite a las secciones 2.^a y 3.^a del capítulo VIII de la Ley de Sociedades Anónimas, y ahí nos encontramos, entre otros, con los artículos 242 en cuanto a la publicación del acuerdo de fusión, y el 243 relativo al derecho de oposición de los socios. El artículo 242 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que «el acuerdo de fusión, una vez adoptado, se publicará tres veces en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y dos en periódicos de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los accionistas y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión».

Por su parte, el artículo 243.1 establece que «la fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha del último anuncio del acuerdo de la Junta General. Durante ese plazo los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan podrán oponerse a la fusión en los términos previstos en el artículo 166».

Al analizar el artículo 242 en sede de anónimas se han planteado algunos temas relativos a su interpretación (20).

En nuestra opinión, quizá sea demasiado duro el exigir los requisitos de publicidad del artículo 242 de la Ley de Sociedades Anónimas, que está pensado para el supuesto de fusión y en donde los intereses en juego pueden tener carácter más grave para los terceros, sobre todo por la posible situación en la que se encuentre la sociedad absorbente. En cambio, en nuestro caso la

(20) CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, PEDRO, *La sociedad de responsabilidad limitada*, I. Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1995, pág. 496.

sociedad al reactivarse continúa de hecho y de derecho en el tráfico jurídico con los mecanismos normales de protección en cuanto a los créditos no vencidos y los vencidos.

Lo que sí está claro es la necesidad de la publicidad del acuerdo de reactivación frente a los terceros, y en concreto a los acreedores. En el intento de armonizar este criterio evitando posiciones rigurosas, podríamos acudir, por analogía, al artículo 263 de la Ley de Sociedades Anónimas relativo a la publicidad del acuerdo de disolución, donde se establece que «el acuerdo de disolución o la resolución judicial, en su caso, se inscribirán en el Registro Mercantil, publicándose además en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del domicilio social». Esta aplicación analógica puede ser válida ya que la reactivación y la disolución son dos caras opuestas de una misma moneda, más aún cuando estamos huérfanos en sede de anónimas de toda regulación sobre la reactivación. En conclusión, el acuerdo deberá publicarse, según este criterio, en el *BORME* y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del domicilio social.

No compartimos la idea de los que puedan pensar, incluso al hilo del Reglamento, en prescindir de toda publicación cuando no se dé el derecho de separación, o incluso para los que piensen que no existe tal derecho aduciendo que los acreedores sociales tienen perfectamente garantizados sus derechos porque la sociedad va a seguir en el tráfico jurídico por los argumentos anteriormente esgrimidos y, más aún, por la importancia y excepcionalidad forzada de esta reactivación en sede de anónimas.

f) El patrimonio contable no sea inferior al capital social

Se ha indicado que «responde esta exigencia al principio de integración del capital social... parece, pues, como si se pensase en la reactivación como una nueva constitución de la sociedad, al menos por lo que a la correlación entre patrimonio y capital se refiere... ahora bien, «las medidas para lograr esa correlación pueden afectar o bien al capital... o bien al patrimonio social» (21).

g) El nombramiento de nuevos administradores

El artículo 242.2.4.^a del nuevo Reglamento establece como requisito en la escritura de reactivación el nombramiento de los administradores y el cese de los liquidadores. Esta idea responde al propio concepto de la reactivación, ya

(21) CARMÓN GARCÍA DE PARADA, PEDRO, ob. cit., pág. 495.

que si ésta se produce la función de los liquidadores no tiene ningún sentido, debiendo ser los administradores los que en su momento eleven a público el acuerdo social, además de en su caso certificar el acta de la Junta. Para el tema de los administradores en los casos específicos de las anónimas que tratamos, nos encontramos con el mismo problema al que ya aludimos al hablar del nombramiento de los liquidadores cuando la sociedad disuelta debía continuar su proceso liquidatorio, ya que considerábamos que tanto hubieran sido nombrados por tiempo definido, ya que en ningún caso esos nombramientos habrían tenido acceso ya que la sociedad no estaba adaptada, entre otros puntos, por la falta del capital mínimo legal, como los nombrados anteriormente por tiempo indefinido, los cargos estarían caducados en todo caso por el antiguo Reglamento del Registro Mercantil de 1 de enero de 1995 en su disposición transitoria 4.^a. Por tanto, si la Junta era Universal no había problema ya que en la misma se nombraban los administradores o, en su caso, la del artículo 101 de la Ley de Sociedades Anónimas (22). Todo ello al plantearse quiénes pueden convocar la Junta (caso de que no sea posible hacer Junta Universal) para realizar todas las operaciones tendentes a la reactivación, entre otras, la del propio nombramiento de los nuevos administradores. Al hilo de este razonamiento quiero manifestar mi asombro por lo que creo es falta de corrección técnica.

El nuevo Reglamento reproduce la ya citada disposición transitoria 4.^a en una nueva disposición transitoria 11, que para recordar indica: «Los nombramientos de cargos por tiempo indefinido realizados al amparo de la legislación anterior y que no estén admitidos por la Ley de Sociedades Anónimas caducarán a los cinco años de la entrada en vigor del presente Reglamento, cancelándose de oficio o a instancia de cualquier interesado mediante la oportuna nota marginal. Queda a salvo la sanción prevista en el número 4 de la disposición transitoria 4.^a de la citada Ley». Si nos atuviéramos al contenido literal de esta disposición parecería que hasta el año 2001 quedarían vigentes esos cargos. Pero eso es de todo punto imposible, ya que el 1 de enero de 1995, por lo indicado en el antiguo Reglamento ya habían caducado y siguiendo el tenor de la norma el Registrador de oficio habrá cancelado esos nombramientos. ¿Es que resucitan ahora, rememorando el pasaje de la resurrección de Lázaro? ¿Es que hay una especie de prórroga mágica de algo que en teoría ya está cancelado? ¿Es que se refiere a otros que hayan tenido acceso con posterioridad pero basados en la legislación anterior, aunque sabemos que no podrán tener acceso al Registro si van en contra de las normas de carácter imperativo?

La única explicación lógica es la más ilógica, es decir, que no se han dado cuenta y ha transcrito por error la antigua disposición transitoria 4.^a sin darse cuenta.

(22) En este sentido véase mi trabajo, *ob. cit.*

III. CONCLUSIONES

Creo que las conclusiones son fácilmente extraíbles de las páginas anteriormente escritas. Ha existido, en nuestra opinión, el querer dar una solución forzada a un tema que el legislador no tuvo en su momento en cuenta al establecer la disposición transitoria 6.^a.2 y ahora se quiere enmendar una plana que tiene ya demasiados borrones que son muy difíciles de quitar sin romper la hoja de papel. Hubiera sido más lógico una norma con rango de Ley que diese esa amnistía, aunque desde el punto de vista de técnica jurídica y doctrinal las críticas hubiesen seguido siendo válidas, pero al menos hubiésemos guardado las apariencias en algo tan contundente como que un Reglamento altere y modifique algo en un punto tan esencial. Dejamos para otras ocasiones otro temas también apasionantes, como el de la cesión del activo y del pasivo. A pesar de ello hemos hecho el intento de analizar el proceso de reactivación aunque haya sido a través del camino más difícil: defendiendo el derecho de separación de los socios, no exigiendo la unanimidad para la toma del acuerdo y siendo consecuentes, creemos, en el tema de la publicidad. Podríamos haber tomado posturas «más facilonas», pero ese no es nuestro cometido, como tampoco el de alabar una solución sacada a trasmano que muchos alabarán y que se quedarán sorprendidos, quizá, por estas páginas.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MAS
Notario de Rincón de la Victoria (Málaga)
Profesor Asociado en Derecho Civil
de la Facultad de Derecho. Universidad de Málaga