

Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—1. La disolución y la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada en el Derecho español vigente.—1.1. La Ley de 17 de julio de 1953.—1.2. La reforma del artículo 30 L.S.R.L. por la Ley 19/1989, de 25 de julio.—2. La disolución y la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada en el Anteproyecto de Ley de 1993.—II. LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD.—1. Las causas de disolución.—2. La «constatación» de determinadas causas.—3. La reactivación de la sociedad disuelta.—III. LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD.—1. Hacia una liquidación ágil y rápida.—2. La tutela de acreedores y de socios.—2.1. La tutela de los acreedores sociales.—2.2. La tutela de los socios.—IV. LA SUSPENSION DE PAGOS Y LA QUIEBRA.—1. Los «errores persistentes».—2. La postergación legal de créditos.—2.1. La «concepción societaria» y la «concepción concursal».—2.2. Las fases de elaboración del régimen jurídico proyectado.—2.3. La prevalencia de la «concepción societaria».

I. INTRODUCCION

1. La disolución y la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada en el Derecho español vigente

1.1. *La Ley de 17 de julio de 1953*

Como es sabido, la Ley de 17 de julio de 1953, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, dedicaba a la disolución y a la liquidación el Capítulo VII, integrado únicamente por tres artículos (arts. 30 a 32): el primero de ellos enumeraba las causas de disolución total

(*) Texto de la conferencia pronunciada en Madrid, en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, el 4 de octubre de 1993.

de la sociedad, con reproducción de las contenidas en la Ley de 17 de julio de 1951, sobre Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas (art. 150); el segundo regulaba la exclusión de socios como supuesto de disolución parcial; y el tercero contenía una remisión a lo dispuesto en la escritura de constitución y en el Código de comercio para la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada.

La mera lectura del Capítulo VII ponía de relieve no sólo la insuficiencia, sino también la deficiencia normativa. Como ha escrito L. CARLÓN, quizá fuera éste uno de los capítulos más deficientes de la Ley de 1953. Probablemente el aspecto más criticable era —y es— esa remisión a la escritura y al Código de Comercio de toda la materia relativa a la liquidación de la sociedad (art. 32 L.S.R.L.). En la práctica española no es infrecuente que la escritura o los estatutos sociales carezcan de normas sobre esta materia, razón por la que el régimen jurídico de la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada queda íntegramente remitido al Código de Comercio (arts. 227 y sigs.), cuya regulación «muestra una muy escasa protección a los acreedores por considerar la liquidación como un asunto de interés exclusivo de los socios».

1.2. *La reforma del artículo 30 L.S.R.L. por la Ley 19/1989, de 25 de julio*

Ni el Anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la Legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, de 1987, ni el Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno modificaban el contenido de este Capítulo, limitándose a cambiar la numeración del mismo —de Capítulo VII a Capítulo VIII—, como consecuencia de la introducción de un nuevo Capítulo previo sobre fusión y escisión, de contenido remisorio. Esta falta de reforma del régimen jurídico de la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada podía explicarse por cuanto que la materia tampoco experimentaba variación alguna en la Ley de Sociedades Anónimas. Sin embargo, carecía por completo de explicación la falta de reforma del régimen jurídico de la disolución de la sociedad de responsabilidad limitada, dada la sustancial modificación de la enumeración legal de las causas de disolución de la sociedad anónima y, en general, del régimen legal de la disolución (art. 6.º del Proyecto).

Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley se eliminó este defecto en el Congreso de los Diputados, mediante la extensión de la reforma al artículo 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, aceptando una enmienda del Grupo socialista (enmienda número 349) por la que se daba la siguiente redacción a dicho artículo 30:

«La sociedad de responsabilidad limitada se disolverá por las mismas causas y con los mismos efectos que la sociedad anónima».

Esta redacción se mantendrá en el Senado. De este modo, de las tres materias que integran el Capítulo VIII de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada sólo la relativa a la disolución total de la sociedad experimentó modificación respecto de la versión originaria de 17 de julio de 1953.

El nuevo artículo 30 tiene el indudable mérito de unificar la enumeración de las causas de disolución de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada; pero, al lado de este aspecto positivo, presenta el inconveniente de abrir un delicado problema de interpretación. En efecto, con gran economía legislativa, el nuevo artículo 30 contiene una remisión al régimen jurídico de las sociedades anónimas tanto por lo que se refiere a las causas de disolución como por lo que se refiere a los efectos de esa disolución. Sin duda alguna, al señalar que la sociedad de responsabilidad limitada se disolverá por las mismas causas y con los mismos efectos que la sociedad anónima, la Ley pretende que no exista diferencia sustancial entre el carácter de las distintas causas de disolución por razón de la sociedad afectada y, sobre todo, que cualquier interesado pueda solicitar la disolución judicial de la sociedad de responsabilidad limitada en los mismos casos que respecto de la sociedad anónima (ver art. 262.3 L.S.A.), pesando la obligación de esa solicitud sobre los administradores de la sociedad cuando el acuerdo social, en Junta general de socios o fuera de ella (art. 14 L.S.R.L.), fuese contrario a la disolución o no pudiese ser logrado (ver art. 262.4 L.S.A.), con responsabilidad solidaria por las obligaciones de la sociedad a cargo de los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando el acuerdo hubiere sido contrario a la disolución (ver art. 262.5 L.S.A.). Por ello, carecen de fundamento las dudas y vacilaciones de algunos jueces y magistrados acerca de si esa responsabilidad solidaria de los administradores es o no aplicable a los administradores de sociedades de responsabilidad limitada.

Con todo, forzoso es reconocer que la nueva previsión normativa según la cual las sociedades de responsabilidad limitada se disuelven «con los mismos efectos» que las sociedades anónimas (art. 30) parece estar en contradicción con la vieja previsión normativa, todavía vigente, según la cual la liquidación de estas sociedades se rige por lo dispuesto en la escritura y en el Código de Comercio (art. 32). Esta aparente contradicción puede salvarse —siguiendo a J. BOLÁS— si se entiende que la Ley de Sociedades Anónimas se aplica al régimen de la disolución y a la apertura

de la liquidación como efecto de la disolución (con lo que también será de aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada el artículo 266 L.S.A., de manera que la liquidación propiamente dicha, como efecto de la disolución, no será necesaria en el caso de cesión global del activo y del pasivo), mientras que el nombramiento de liquidadores, el estatuto jurídico de los mismos y el procedimiento liquidatorio quedan sujetos a lo previsto en la escritura social y en el Código de Comercio.

2. La disolución y la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada en el Anteproyecto de Ley de 1993

Al afrontar la reforma global del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada, el principal problema que, en materia de disolución y liquidación, se planteaba a la Ponencia especial designada en 1990 por el Ministro de Justicia en el seno de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, era el de encontrar un punto de equilibrio entre dos principios básicos de política legislativa: de un lado, el de facilitar la extinción de sociedades, del mismo modo que se facilitaba la constitución de las mismas; de otro, el de respetar, con la máxima fidelidad posible, respecto de la sociedad de responsabilidad limitada, aquellas partes de la Ley de Sociedades Anónimas que habían sido objeto de reforma por la Ley 19/1989, de 25 de julio.

Ciertamente, en la realidad española la frecuencia de sociedades extintas no canceladas constituye motivo de meditación sobre la necesidad de articular un régimen jurídico suficientemente ágil y flexible para facilitar la extinción de la sociedad, sin mengua de la tutela de acreedores y de socios. La prevista disolución de pleno derecho y cancelación de oficio de los asientos correspondientes a las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada que no hayan presentado a inscripción registral el aumento del capital social hasta el mínimo legal o el acuerdo de transformación dentro del plazo legalmente establecido (disp. trans. 6.ª Ley 19/1989, de 25 de julio), «limpiará» el Registro Mercantil, eliminando un elevado número de sociedades (algunas de las cuales —muy pocas— pasarán a ser irregulares sobrevenidas), pero no eliminará la duda acerca de si la falta de cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para la extinción de la sociedad se debe única y exclusivamente a desidia de los interesados o si, en alguna medida, es la complejidad de la normativa aplicable la razón de esa falta de cumplimiento de los requisitos legales.

El propósito de establecer un adecuado régimen de la liquidación de las sociedades de capital chocaba, sin embargo, con la tarea encomendada a la

Ponencia, que no era sino la de elaborar una nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada para sustituir a la muy insuficiente Ley de 17 de julio de 1953. Se podía, pues, establecer un régimen jurídico de la liquidación de esa forma híbrida que es la sociedad de responsabilidad limitada, pero no se podía incidir en el régimen jurídico de la liquidación de la sociedad anónima. Partiendo de la coexistencia de dos leyes especiales, lo correcto en el plano teórico hubiera sido establecer un régimen general de la liquidación de las sociedades de capital, en la Sección segunda del Capítulo IX de la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 266 a 281), limitándose Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada a un artículo de remisión, en el que se contuvieran únicamente aquellas especialidades que se juzgase conveniente introducir. Pero esta primera posibilidad estaba vedada a la Ponencia.

Se podía, como alternativa, seguir el modelo de la Ley 19/1989, de 25 de julio, es decir, remitirse a la Ley de Sociedades Anónimas en lo relativo al régimen jurídico de la disolución, separándose de dicho modelo en la parte relativa a la liquidación, la cual, en lugar de regirse por lo establecido en la escritura social y en el Código de Comercio, pasaría a regirse por las normas a introducir en la Ley especial, confiando en que este régimen pudiera servir de modelo en su día a la también proyectada Ley General de Sociedades mercantiles. Pero tampoco esta segunda solución llegó a abrirse camino. En su lugar se optó por la regulación global tanto de la disolución como de la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada, con lo que, de mantenerse esta solución en la futura Ley, se producirá la coexistencia de dos normativas de la disolución y de la liquidación para las sociedades de capital —una aplicable a la anónima y a la comanditaria por acciones, y otra a la sociedad de responsabilidad limitada— sin que existan razones de fondo suficientes que justifiquen esa diversidad de régimen jurídico.

Esta posible incoherencia del Derecho español es consecuencia del proceso de reforma del Derecho societario: en lugar de la reforma parcial y la adaptación del régimen jurídico de la sociedad anónima, seguida ahora de una nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, hubiera sido deseable una Ley General de Sociedades Mercantiles, en la que —como acontece, por ejemplo, en el Derecho portugués (arts. 141 a 165 del «Código das Sociedades Comerciais», aprobado por Decreto-Ley 262/1986, de 2 de septiembre)— pudiera contarse con un régimen general de la disolución y de la liquidación, sin perjuicio de las especialidades oportunas en las distintas formas sociales. Los responsables de la reforma quizás no fueron suficientemente conscientes de que la dispersión normativa del Derecho de las sociedades mercantiles —contenido básicamente en un Código de Comercio, cuyas concepciones fundamentales hace tiempo que han sido supe-

radas, y en las Leyes especiales de Sociedades Anónimas y de Sociedades de Responsabilidad Limitada —no sólo obligaba a reiterar conjuntos normativos y a acudir a las siempre peligrosas remisiones, sino que podía ocasionar —como se comprueba en las materias ahora analizadas— la coexistencia injustificada de normativas de distinto contenido. Si se persiste en la idea de una nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, posponiendo para un futuro indeterminado la necesaria Ley General de Sociedades Mercantiles, la denunciada coexistencia sólo podrá evitarse extendiendo el ámbito de la proyectada Ley especial hasta convertirla —y hay base para ello (V. disposiciones adicionales)— en la Ley de segunda reforma parcial y adaptación, en la que, entre otras normativas de vocación general se contenga un nuevo régimen de la disolución y de la liquidación de las sociedades anónimas —o, al menos, de la liquidación—, el cual, por remisión, se declararía aplicable en lo sustancial a las sociedades de responsabilidad limitada con las especialidades indispensables.

Pues bien, en el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1993, la materia ahora contenida en el Capítulo VIII de la Ley especial se divide en dos Capítulos distintos. El actual artículo 31 sobre disolución parcial ha servido de germen del Capítulo IX, que regula con criterio quizá demasiado tradicional la separación y la exclusión de socios (arts. 99 a 106): la exclusión de socios —tema del que ahora no podemos ocuparnos— consigue así emanciparse de la disolución propiamente dicha, rompiendo las amarras con aquella concepción del Código de Comercio que está presente en la Ley de 1953; los artículos 30 y 32, por su parte, han generado las dos primeras secciones del Capítulo X, cuyo objeto es la disolución total y la liquidación de la sociedad (arts. 107 a 127). Se trata de una normativa no sólo más extensa que la contenida en la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sino también más extensa que la contenida en la Ley de Sociedades Anónimas. Es también —como a continuación se verá— una normativa más ágil y adecuada que aspira a solucionar los principales problemas que conoce la práctica.

II. LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD

La decisión de regular la disolución de la sociedad de responsabilidad limitada animó a los miembros de la Ponencia redactora del Anteproyecto de Ley a ensayar una disciplina basada en la existencia de distintas «formas de disolución»: disolución de pleno derecho, disolución por simple acuerdo social (adoptado con los requisitos y la mayoría establecidos para la modificación de los estatutos sociales), disolución por causa legítima, legal o estatutaria, previa constatación de la misma por acuerdo de la Junta general

o por resolución judicial, y disolución por acuerdo social en caso de quiebra. Como ha señalado E. BELTRÁN, no existe un régimen jurídico homogéneo de la disolución, sino un régimen propio para cada «forma de disolución», con problemas distintos en cada una de ellas. La Ponencia consideró que la redacción de una nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada constituía buena ocasión para ese ensayo. Sin embargo, tras distintos intentos desistió —probablemente con desacierto— de ese propósito original ante la complejidad de una regulación que rompía, más en la forma que en el fondo, con la tradición legislativa española.

1. Las causas de disolución

Por ello, el régimen jurídico de la disolución se inicia con la enumeración de las causas legales (art. 107.1 Ant. L.S.R.L.), al igual que la Ley de Sociedades Anónimas o la primera redacción de la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Alguna de esas causas es poco probable que se dé en el futuro: en efecto, el cumplimiento del término fijado en los Estatutos sociales (arts. 107.1-1.º y 110 Ant. L.S.R.L.) será aún menos frecuente en las sociedades de responsabilidad limitada que en las sociedades anónimas, ya que, en la proyectada Ley, la sociedad, salvo disposición contraria de los Estatutos, tiene duración indefinida (art. 14 Ant. L.S.R.L.).

Entre las causas que se enumeran quizá llame la atención que falte una causa enumerada en la Ley de Sociedades Anónimas y que aparezca otra que, por el contrario, no figura en la relación contenida en dicha Ley. La causa legal que desaparece es la fusión o escisión total de la sociedad (art. 260-1-6.º L.S.A.), que, como también ha señalado E. BELTRÁN, no es, en rigor, causa de disolución, sino de extinción de la sociedad. La Ley 19/1989, de 25 de julio, prescinde de la referencia a la disolución al describir la fusión (art. 233 L.S.A.) y la escisión total (art. 252.1, letra «a», L.S.A.), pero incurre en la contradicción de conservar la fusión y la escisión total en el catálogo de causas legales de disolución, reiterando así, respecto de la fusión, el error de las Leyes de 1951 y de 1953 que, con la inclusión de esa causa en el catálogo, evidencian la recepción acrítica de una terminología histórica en la que «disolución» y «extinción» eran términos que, con frecuencia, se utilizaban como equivalentes. El Anteproyecto corrige el error, suprimiendo dicha pretendida causa.

De otro lado, en la enumeración de causas legales aparece una nueva: la falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social durante dos años consecutivos (art. 107.1-4.º). Con esta nueva causa (de la que es antecedente el art. 103-5.º L.G. Cooperativas de 2 de abril de 1987, el cual exige que esa paralización no tenga causa justificada; V. tam-

bién el art. 142.1, letra «c», C.S.C. portugués, en el que, sin embargo, se requiere falta de ejercicio de cualquier actividad durante cinco años consecutivos) se pretende tutelar al socio, facilitándole que, a través de la cuota de liquidación pueda recuperar la plena disponibilidad de aquella parte de su patrimonio integrado en un patrimonio social inactivo. Los Estatutos sociales pueden reducir el plazo de dos años consecutivos de inactividad fijados por la Ley, pero, obviamente, no pueden ampliar dicho plazo.

Respecto de las demás causas legales de disolución comunes a la sociedad anónima y a la sociedad de responsabilidad limitada, merece una específica referencia la reducción del capital social por debajo del mínimo legal. Separándose del modelo de la Ley de Sociedades Anónimas (art. 260-1-5.º L.S.A.), el Anteproyecto, al mencionar esta causa, añade una quizás enigmática expresión: la de que la reducción del capital por debajo del mínimo legal debe ser «consecuencia del cumplimiento de una Ley» (art. 107.1-6.º Ant. L.S.R.L.). Con esta expresión —no demasiado afortunada— se pretende señalar que la sociedad no puede adoptar el acuerdo de reducir el capital social por debajo de dicho mínimo más que en los casos en que tal acuerdo sea legalmente obligatorio. Como el Anteproyecto no conoce el supuesto de reducción obligatoria por pérdidas, los casos en que el capital social tiene necesariamente que reducirse, incluso por debajo de ese mínimo, son los de la amortización de participaciones, bien para suprimir las participaciones propias adquiridas derivativamente por la sociedad (art. 43.2 Ant. L.S.R.L.), bien por separación o exclusión de socios (art. 105.2). En tal eventualidad, cuando la reducción del capital social por debajo del mínimo legal sea consecuencia del cumplimiento de una obligación legal, la sociedad queda disuelta de pleno derecho si, transcurrido un año (a contar desde el acuerdo de reducción en caso de amortización de participaciones propias y a contar desde la fecha del reembolso o de la consignación del valor de las participaciones del socio separado o excluido) no se hubiese inscrito en el Registro Mercantil la transformación de la sociedad, la disolución de la misma o el aumento del capital social hasta una cantidad igual o superior a dicho mínimo legal (art. 111.1 Ant. L.S.R.L.). Transcurrido ese plazo sin que se hubiese inscrito la transformación o la disolución de la sociedad o el aumento del capital social, los administradores responden de las deudas sociales personalmente entre sí y con la sociedad (art. 111.2 Ant. L.S.R.L.).

Entre las causas legales de disolución no figura la unipersonalidad sobrevenida. Aún más: al incorporar la Directiva 89/667/C.E.E., de 21 de diciembre, y regular la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada —por cierto, muy someramente y partiendo de una concepción harto discutible—, el Anteproyecto se preocupa de señalar que «la unipersonalidad sobrevenida no será causa de disolución de la sociedad» (art. 134.1 Ant.

L.S.R.L.). Ahora bien, en el Derecho proyectado es principio fundamental el de la publicidad registral de la unipersonalidad: la constitución de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, la adquisición y la pérdida del carácter unipersonal, así como el cambio del socio único, deben hacerse constar en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil, con expresión de la identidad del socio único (art. 130 Ant. L.S.R.L.). Por ello, transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se haya inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de la unipersonalidad. Inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad (art. 134 Ant. L.S.R.L.). En contra del criterio de la Ponencia, la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación suprimió la norma que extendía a la sociedad anónima el régimen de la sociedad unipersonal propuesto para la sociedad de responsabilidad limitada. Con esta desafortunada supresión, el Derecho español proyectado sitúa en mejor posición a la sociedad anónima con unipersonalidad sobrevenida que a la sociedad de responsabilidad limitada en la que todas las participaciones sociales se encuentren en la misma mano.

Por lo que se refiere a las causas estatutarias de disolución (art. 107.1-7.º Ant. L.S.R.L.), la identidad de fórmula con la Ley de Sociedades Anónimas (art. 260.1-7.º L.S.A.) no debe impedir apreciar el distinto juego de la autonomía de la voluntad como consecuencia de los límites tipológicos de las respectivas formas sociales. Es evidente que determinadas causas estatutarias de disolución admisibles en la sociedad de responsabilidad limitada chocan frontalmente con los «principios configuradores» de la sociedad anónima (art. 10 L.S.A.). Así, deben considerarse válidas en la sociedad de responsabilidad limitada, y no en la anónima, aquellas causas estatutarias de disolución referidas a las personas de los socios, como, por ejemplo, las que enumera el Código de Comercio para las sociedades personalistas (art. 222 C. de C), e incluso no debiera encontrar excesiva dificultad la configuración de la denuncia de cualquiera de los socios o de una determinada minoría como causa estatutaria de disolución de la sociedad de responsabilidad limitada, y ello aunque la sociedad no tuviera duración indefinida (V. art. 224 C. de C; V. también, sin embargo, art. 270.2 C.S.C. portugués).

2. La «constatación» de determinadas causas

Al igual que en la Ley de Sociedades Anónimas (art. 262.2 L.S.A.), el Anteproyecto impone a los administradores la obligación de convocar Junta general de socios cuando concurren determinadas causas legales (las com-

prendidas en los números 3.º a 7.º del artículo 107.1 Ant. L.S.R.L.) o causas estatutarias de disolución. Pero el plazo de dos meses para el cumplimiento de esta obligación legal, establecido por dicha Ley, deja paso en el Anteproyecto a una expresión con la que se quiere poner de manifiesto la inmediatez del cumplimiento de esa obligación: los administradores están obligados a convocar Junta general «tan pronto como tengan conocimiento de la existencia de alguna de estas causas» (art. 108.1 Ant. L.S.R.L.). Si la Junta general no fuera convocada por los administradores, no llegara a celebrarse o no adoptara el acuerdo de disolución o aquél o aquéllos que fueran necesarios para la remoción de la causa legal o estatutaria, cualquier interesado puede instar la disolución judicial de la sociedad (art. 108.3 Ant. L.S.R.L.). A diferencia de la Ley de Sociedades Anónimas, el Anteproyecto no impone a los administradores la obligación de solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social sea contrario a la disolución o no pueda ser logrado (ver art. 262.4 L.S.A.), y, como consecuencia de ello, limita la responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas sociales al caso de incumplimiento de obligación de convocar la Junta general (art. 108.4 Ant. L.S.R.L.). Se reconoce, pues, el derecho de cualquier interesado —socios, usufructuarios o acreedores pignoratícios de las participaciones sociales, administradores, trabajadores, etc.— a instar la disolución judicial de la sociedad; pero la obligación de solicitar esa declaración judicial está completamente ausente de la normativa proyectada: ni sobre el socio mayoritario, ni sobre los administradores pesa tal obligación. Es de temer, por consiguiente, que, en el futuro, permanezcan en fase activa muchas sociedades a pesar de la concurrencia de una causa legal o estatutaria de disolución.

3. La reactivación de la sociedad disuelta

Además de estas novedades, es menester destacar la previsión normativa de la reactivación de la sociedad disuelta: salvo en los casos de disolución de pleno derecho (art. 109.2 Ant. L.S.R.L.), la Junta general de socios, con los requisitos y con la mayoría establecidos para la modificación de los estatutos sociales puede acordar el retorno de la sociedad a la vida activa siempre que haya desaparecido la causa de disolución, el haber social no sea inferior al capital social (lo que, por cierto, no exigía el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1979, a pesar de establecer un capital mínimo —V. art. 246, párrafo segundo—, y tampoco exige el art. 105 de la Ley General de Cooperativas de 1987) y no haya comenzado el reparto del patrimonio entre los socios (art. 109.1 Ant. L.S.R.L.).

Entre las causas legales de separación de los socios se recoge expresa-

mente el caso de la reactivación de la sociedad (art. 99-4.º Ant. L.S.R.L.). Así, el socio que no haya votado a favor del acuerdo de reactivación tiene derecho a separarse de la sociedad en tanto no transcurra un mes contado desde la publicación de dicho acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o desde el envío por los administradores de una comunicación escrita a dicho socio (art. 100.1 Ant. L.S.R.L.). De este modo se ofrece una solución adecuada a muchos de los problemas que plantea el acuerdo de reactivación.

La Ponencia también consideró la posibilidad de reconocer a los acreedores sociales el derecho de oposición al acuerdo de reactivación, en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos en la Ley para el caso de fusión, pero esta sugerencia no llegaría a prosperar.

III. LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD

En el régimen jurídico de la liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada, dos son los postulados generales a los que el Anteproyecto de Ley pretende ser fiel: el primero, el de la ágil y rápida liquidación; el segundo, el de la efectiva tutela de acreedores y de socios.

1. Hacia una liquidación ágil y rápida

Esta finalidad se manifiesta tanto en el nombramiento de los liquidadores y la atribución del poder de representación durante la liquidación como en el procedimiento de liquidación.

Por lo que se refiere a los liquidadores, el propósito de conseguir una ágil y rápida liquidación está presente en el sistema de nombramiento. Partiendo de una norma formulada, aunque deficientemente por el Código de Comercio (art. 228 C. de C), norma legal muy frecuente en otras legislaciones (V., entre otros, § 66 GmbHG alemana; art. 151.1 C.S.C. portugués), y de una norma estatutaria no ausente de la práctica española (que el Reglamento del Registro Mercantil ha querido potenciar: V. art. 205.1), el Anteproyecto señala que quienes fueran administradores al tiempo de la disolución quedan convertidos en liquidadores, salvo que se hubieren designado otros en los Estatutos sociales o que, al acordar la disolución, los designe la Junta general (art. 113.1 Ant. L.S.R.L.). De este modo, se pretende evitar el vacío que, en el Derecho vigente, se produce a veces entre la apertura de la liquidación y el nombramiento de los liquidadores. Con esta conversión automática de los administradores en liquidadores, se consigue también la continuidad entre el órgano encargado de la

gestión durante la vida activa y el órgano encargado de la liquidación en el período final de existencia de la sociedad.

La regla de la conversión automática no juega cuando los Estatutos sociales hubieran designado expresamente a los liquidadores (art. 113.1 Ant. L.S.R.L.). Este nombramiento estatutario expreso será muy infrecuente en la práctica y, incluso aunque la sociedad cuente con una disposición estatutaria en este sentido, procederá la conversión automática de los administradores en liquidadores cuando los nombrados en los Estatutos sociales hubieran fallecido o hayan sido inhabilitados.

La segunda excepción a la regla de la conversión automática es la de que, al acordar la disolución, la Junta general de socios proceda al nombramiento de liquidador o liquidadores (art. 113.1 Ant. L.S.R.L. en relación con el art. 47-2.º del mismo Ant.). Para que sea válido este nombramiento será necesario que esté expresamente previsto en el orden del día (art. 49.4 Ant. L.S.R.L.), sin que pueda entenderse incluido en el punto relativo a la disolución de la sociedad.

Esta norma de la conversión se completa con aquella otra por cuya virtud, en caso de fallecimiento o de cese del liquidador único, de todos los liquidadores solidarios, de alguno de los dos liquidadores que actúen conjuntamente, o de la mayoría de los liquidadores que actúen colegiadamente, sin que existan suplentes, cualquier socio o persona con interés legítimo puede solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social la convocatoria de Junta general para el nombramiento de los liquidadores. Además, cualquiera de los liquidadores que permanezca en el ejercicio del cargo puede convocar la Junta general para completar el órgano de liquidación mancomunado o colegiado (art. 113.2 Ant. L.S.R.L.). Sin embargo, estas previsiones son insuficientes. El Anteproyecto hubiera debido reconocer a cualquier interesado el derecho a solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social el nombramiento de liquidador o liquidadores cuando la Junta general, a pesar de haber sido convocada por quien corresponda o por el Juez, no adopte acuerdo alguno sobre este particular.

El Anteproyecto no establece la duración del período de liquidación. La extensión temporal de ese período dependerá, lógicamente, de las dificultades que ofrezca la conversión en dinero del patrimonio social (composición, importancia, etc.), el pago a los acreedores y la división del líquido resultante entre los socios. Por esta razón, a fin de evitar la renovación del nombramiento de los liquidadores, se ha previsto que éstos ejercerán su cargo por tiempo indefinido, salvo disposición contraria de los Estatutos sociales (art. 114.1 Ant. L.S.R.L.). Es dudoso que, en el caso de que los Estatutos sociales hayan establecido un plazo determinado de duración de los administradores (V. art. 63.1 Ant. L.S.R.L.), dicho plazo también sea de aplicación a los liquidadores (V. art. 117 Ant. L.S.R.L.).

Sin embargo, se ha tratado de evitar que las liquidaciones se prolonguen excesivamente, como, con demasiada frecuencia, acontece en la práctica. Frente a la técnica directa de establecer la duración legal máxima del período de liquidación, transcurrido el cual la liquidación voluntaria se convierte en liquidación judicial (V. art. 150 C.S.C. portugués), el Derecho español proyectado utiliza una técnica indirecta, en la que se combina la iniciativa de cualquier interesado con la discrecionalidad judicial. A tal fin señala el Anteproyecto que, transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la Junta general el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo puede solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social la separación de los liquidadores. El Juez, previa audiencia de los liquidadores, acordará la separación si no existiera causa que justifique la dilación, nombrando liquidadores a la persona o personas que tenga por conveniente (art. 114.2 Ant. L.S.R.L.). A diferencia de los liquidadores nombrados por el sistema de conversión o de los designados en los Estatutos sociales o por la Junta general, que no son retribuidos salvo que los propios estatutos señalen lo contrario (arg. ex art. 117 en relación con art. 69 Ant. L.S.R.L.), los liquidadores de nombramiento judicial tendrán la misma retribución que la establecida para los síndicos en caso de quiebra (art. 114.2 *in fine* Ant. L.S.R.L.).

El propósito de agilidad se manifiesta igualmente en el régimen del poder de representación de los liquidadores. Por lo que se refiere a la atribución del poder de representación, el Anteproyecto contiene una solución original: mientras que en el caso de los administradores la atribución del poder de representación sigue similares reglas a las establecidas para la sociedad anónima (V. art. 124.2 Regl. R.M. y art. 65 Ant. L.S.R.L.), en el caso de los liquidadores, salvo disposición contraria de los Estatutos sociales, el poder de representación corresponde a cada liquidador individualmente (art. 115.1 Ant. L.S.R.L.). Así, dos administradores mancomunados se convierten en dos liquidadores solidarios, y el Consejo de administración deja paso a tantos liquidadores solidarios como miembros tuviera dicho Consejo, todo ello —como ya se indicó— en defecto de disposición estatutaria. En cuanto al ámbito de dicho poder de representación, el Anteproyecto —siguiendo un discutible criterio más protector de los socios que de los terceros— señala que la representación de los liquidadores se extiende «a todas aquellas operaciones que sean necesarias para la liquidación de la sociedad» (art. 115.2 Ant. L.S.R.L.).

Al tratar del procedimiento de liquidación, el Anteproyecto enumera las facultades de los liquidadores con un criterio más flexible que el de la Ley de Sociedades Anónimas. Así, la obligación y la facultad de enajenar los bienes sociales no está sometida a requisitos especiales (art. 119-4.º Ant.

L.S.R.L.): a diferencia de lo exigido para las sociedades anónimas, los inmuebles no tienen por qué venderse en pública subasta (V. art. 278, letra «d», L.S.A.).

Pero, al lado de la liquidación individualizada de los elementos del activo —es decir, bien por bien—, el Anteproyecto prevé un sistema especial de liquidación: el de la cesión global del activo y del pasivo a uno o varios socios o a terceros, que puede acordar la Junta general, con los requisitos y la mayoría establecidos para la modificación de los Estatutos sociales, fijando las condiciones de la cesión (art. 120.1 Ant. L.S.R.L.). Al regular este sistema especial, el Anteproyecto se separa de la Ley de Sociedades Anónimas, la cual —como bien es sabido— se limita a mencionar la cesión global, sin establecer norma alguna de tutela de los acreedores sociales. En el Anteproyecto, la tutela de los acreedores sociales en caso de cesión global del activo y del pasivo se procura a través del derecho de oposición a la cesión (que es una solución más adecuada que la del Derecho portugués, que exige el previo consentimiento escrito de todos los acreedores sociales: V. art. 148.1 C.S.C.): publicando el acuerdo de cesión en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social, con expresión de la identidad del cesionario o cesionarios (art. 120.2 Ant. L.S.R.L.), los acreedores de la sociedad cedente y los acreedores del cesionario o cesionarios pueden oponerse a la cesión, durante el plazo de un mes a contar desde la fecha del último anuncio publicado, en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos para el caso de fusión (art. 120.3 Ant. L.S.R.L. en relación con art. 98.1, que se remite al régimen del derecho de oposición establecido para la fusión de sociedades anónimas). En caso de incumplimiento de estas formalidades, la cesión no afecta a los derechos de los acreedores que lo fueren al tiempo de la misma, respondiendo el cesionario o cesionarios solidariamente con la sociedad de las deudas objeto de la cesión (art. 120.4 Ant. L.S.R.L.).

2. La tutela de acreedores y de socios

2.1. La tutela de los acreedores sociales

Naturalmente, la liquidación tiene como finalidades la satisfacción de los acreedores sociales y el reparto del líquido resultante entre los socios. Los liquidadores no pueden satisfacer la cuota de liquidación a los socios sin la previa satisfacción de los acreedores o la consignación del importe de sus créditos (art. 123 Ant. L.S.R.L.). Pero el propósito de agilizar el desarrollo de la liquidación ha influido en los mecanismos de tutela de los acreedores sociales.

En primer lugar, en la escritura pública de extinción de la sociedad, los liquidadores deben manifestar que se ha procedido al pago de los acreedores o a la consignación de sus créditos (art. 124-2.º Ant. L.S.R.L.). Con esta preceptiva manifestación, que cumple funciones disuasorias, se intenta impedir que la escritura pública de extinción de la sociedad se otorgue antes de la satisfacción de los acreedores: el riesgo de una falsedad en documento público pesa sobre los otorgantes de la escritura de extinción (V. art. 303 Código Penal).

Pero, en segundo lugar, si a pesar de ello subsistieran deudas sociales no satisfechas, el Anteproyecto tutela a los acreedores a través de un doble mecanismo: de un lado, mediante el reconocimiento de la responsabilidad de los liquidadores que hubieran procedido con dolo o simple culpa (art. 117 Ant. L.S.R.L., que se remite al art. 72 del mismo Ant., y éste a los arts. 133 a 135 L.S.A., colmando así una laguna de la L.S.R.L. y separándose del régimen privilegiado, carente de justificación, que para los liquidadores de las sociedades anónimas contiene el Derecho vigente: V. art. 279 L.S.A.); de otro, mediante la responsabilidad solidaria de los antiguos socios por las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación (art. 126.2 Ant. L.S.R.L., que sigue la solución del art. 2.456 C.C. italiano, aplicable también a la sociedades de responsabilidad limitada, y del art. 163.1 C.S.C. portugués). A fin de que los acreedores puedan hacer efectiva esta responsabilidad solidaria, a la escritura pública de extinción debe incorporarse la relación de los socios, en la que conste su identidad y el valor de la cuota de liquidación que hubiere correspondido a cada uno (art. 124, párrafo segundo, Ant. L.S.R.L.), y esta relación debe hacerse constar por el Registrador al inscribir dicha escritura en el Registro Mercantil como requisito previo para la cancelación de todos los asientos relativos a la sociedad (art. 125.2 Ant. L.S.R.L.).

Mención especial merece la formalización de actos jurídicos «post cancellationem». Es dato conocido que, en la actualidad, es muy frecuente encontrar sociedades mercantiles canceladas —especialmente inmobiliarias— a pesar de que aún no han elevado a público los documentos privados de compraventa de bienes inmuebles. En tales casos, los compradores encuentran extraordinarias dificultades para conseguir el acceso de su derecho sobre el inmueble al Registro de la Propiedad. Pues bien, sensible a las exigencias de esta realidad, el Anteproyecto establece que, para el cumplimiento de requisitos de forma relativos a actos jurídicos anteriores a la cancelación de los asientos de la sociedad, o cuando fuera necesario, los antiguos liquidadores pueden formalizar actos jurídicos en nombre de la sociedad extinguida con posterioridad a la cancelación registral de ésta. En defecto de liquidadores, cualquier interesado podrá solicitar la formalización por el Juez de Primera

Instancia del domicilio que hubiere tenido la sociedad (art. 126.3 Ant. L.S.R.L., norma que quizás sea demasiado escueta).

Las normas proyectadas de las que se ha hecho mención son exponente de esa preocupación por facilitar el proceso extintivo de la sociedad. Globalmente consideradas, recibirán una positiva acogida a medida que se difunda el texto articulado del Anteproyecto. Al someter dicho texto a información pública se da ocasión para mejorar algunas de las soluciones que el propósito de facilitar la liquidación ha aconsejado introducir. Con todo, es preciso lamentar que el Anteproyecto no haya podido contar con una norma que, con ese mismo propósito, habilitara a los liquidadores para dar por vencidas anticipadamente las deudas sociales o, al menos, permitiera obtener, en breve plazo, la oportuna declaración judicial. En el texto de la Ponencia se había incluido la previsión de que, para hacer posible la extinción de la sociedad, los liquidadores estaban legitimados para solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social la declaración del vencimiento anticipado de créditos y deudas a plazo. La decisión quedaba confiada así a la discrecionalidad judicial. Pero, al aceptar la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación una de las muchas enmiendas presentadas por G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ al texto del Anteproyecto elaborado por la Ponencia, la proyectada norma fue suprimida.

Por la misma razón, se echan de menos algunas previsiones para permitir —con las debidas cautelas—, en caso de absoluta falta de activo, la extinción de la sociedad, sin necesidad de acudir a un procedimiento judicial —que, carente de finalidad, inevitablemente está condenado a ser clausurado por falta de masa— o sin necesidad de esperar a la prescripción de los créditos. En fin, quizá hubiera sido oportuno igualmente arbitrar algún mecanismo para que, en determinados supuestos, el Registrador pudiera cancelar aquellas sociedades claramente inexistentes (acudiendo para ello al modelo que para la «defunct company» establece la Sect. 652 de la «Companies Act» inglesa de 1985).

2.2. *La tutela de los socios*

Durante el período de liquidación, muchos y muy variados son los mecanismos establecidos para la adecuada tutela de los socios. El primero de ellos hace referencia a la conveniente información durante el período de liquidación. Si la liquidación se prolonga por un plazo superior al previsto para la aprobación de las cuentas anuales, los liquidadores están obligados a presentar a la Junta general, dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, un estado anual de cuentas (expresión que sigue sin ser clara en el Derecho español) y un informe pormenorizado que permitan apreciar con

exactitud la situación de la sociedad y la marcha de la liquidación (art. 118.2 Ant. L.S.R.L.).

Además de esta información, el socio está tutelado mediante el reconocimiento de su legitimación individual para solicitar la convocatoria de la Junta general para el nombramiento de los liquidadores cuando el órgano esté incompleto o vacante (art. 113.2 Ant. L.S.R.L.) y con el reconocimiento del derecho a instar la separación judicial de los liquidadores cuando hubieran transcurrido tres años desde la apertura de la liquidación sin que dichos liquidadores hubieran sometido a la aprobación de la Junta general el balance final de liquidación (art. 114.2 Ant. L.S.R.L.). Al lado de estos instrumentos legales es preciso mencionar también que la separación de los liquidadores no designados judicialmente puede ser acordada por la Junta general aún cuando no conste en el orden del día (art. 116.1 Ant. L.S.R.L.) y que la responsabilidad de los liquidadores se rige por las mismas reglas que las establecidas para los administradores de las sociedades anónimas (arts. 117 y 72 Ant. L.S.R.L.), con legitimación de la minoría para el ejercicio de la acción social de responsabilidad (V. art. 134.4 L.S.A.).

Pero la tutela del socio se manifiesta también una vez concluidas las operaciones de liquidación. Los liquidadores están obligados a someter a la aprobación de la Junta general de socios el balance final de liquidación, un informe completo sobre dichas operaciones y el proyecto de división entre los socios del activo resultante (art. 121.1 Ant. L.S.R.L.). El acuerdo aprobatorio es susceptible de impugnación por los socios que no hayan votado a favor del mismo —y sólo por ellos— en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de su adopción (art. 121.2 Ant. L.S.R.L.). Con la fijación de este plazo se eliminan las graves dudas que se suscitan en el Derecho vigente tanto respecto de las sociedades anónimas como en relación con las sociedades de responsabilidad limitada. El Anteproyecto precisa que hasta que no haya transcurrido este plazo sin que se hayan formulado impugnaciones o hasta que no alcance firmeza la sentencia que las resuelva, los liquidadores no pueden otorgar la escritura pública de extinción de la sociedad (art. 124.1 Ant. L.S.R.L.).

Por lo que se refiere a la cuota de liquidación, que el socio tiene derecho a percibir en dinero, salvo acuerdo unánime en contrario (art. 122.1 Ant. L.S.R.L.), es novedad importante respecto del Derecho vigente el expreso reconocimiento de la admisibilidad de la cuota de liquidación «in natura». Los Estatutos sociales pueden establecer en favor de alguno o varios socios el derecho a que la cuota resultante de liquidación les sea satisfecha mediante la restitución de las aportaciones no dinerarias realizadas o mediante la entrega de otros bienes sociales, si subsistieren en el patrimonio social, que serán apreciados en su valor real al tiempo de aprobarse el proyecto de división del activo resultante entre los socios. En ese caso, los liquidadores

deben enajenar primero los demás bienes sociales y si, una vez satisfechos los acreedores, el activo resultante fuera insuficiente para satisfacer a los demás socios su cuota de liquidación, los socios con derecho a percibirla en especie deberán pagar previamente en dinero a los consocios la diferencia que corresponda (art. 122.2 Ant. L.S.R.L.). El Anteproyecto no precisa el plazo dentro del cual debe realizarse este pago previo, como hubiera sido deseable a fin de evitar los problemas que pueden producirse por el retraso en dicho pago.

En fin, la tutela del socio no finaliza con la cancelación de los asientos relativos a la sociedad. Cancelada la sociedad, si aparecieran bienes sociales, los liquidadores deberán adjudicar a los antiguos socios la cuota adicional que les corresponda, previa conversión de los bienes en dinero cuando fuera necesario (art. 126.1, inciso primero, Ant. L.S.R.L., que acusa la influencia del art. 164.1 C.S.C. portugués). El Anteproyecto no ha considerado la posibilidad de que, además de aparecer bienes, subsistan deudas sociales no satisfechas. Aunque la futura Ley silencia el tema, es preciso entender por analogía que los liquidadores deberán comparecer ante Notario para rectificar la escritura pública de extinción o para otorgar otra nueva, dejando sin efecto la anterior, e incorporar al protocolo, convenientemente modificados, el balance final de liquidación y la relación de socios, con la expresión de su identidad y del valor total de la cuota de liquidación que les hubiera correspondido a cada uno (arg. ex art. 124-3.º, apartado segundo, Ant. L.S.R.L.). Lógicamente el correspondiente documento deberá presentarse a inscripción en el Registro Mercantil, y ello a pesar de que los asientos registrales relativos a la sociedad se encuentran cancelados (art. 125 Ant. L.S.R.L.). De lo contrario, los acreedores sociales no estarán en condiciones de conocer la cuantía de lo efectivamente recibido por los socios (V. art. 126.2 Ant. L.S.R.L.). Por ello —y aún reconociendo que el tema suscita delicadísimas cuestiones, tanto de orden teórico como práctico— es oportuno interpretar la normativa proyectada en el sentido de que el Registrador Mercantil debe dejar sin efecto dicha cancelación, e inscribir en el Registro la rectificación o la nueva escritura de extinción, procediendo después a la cancelación definitiva.

Transcurridos seis meses desde que los liquidadores hubieran sido requeridos para la adjudicación de la cuota adicional de liquidación, o en defecto de liquidadores, cualquier interesado puede solicitar del Juez de 1.ª Instancia del antiguo domicilio social el nombramiento de persona que los sustituya en el cumplimiento de sus funciones (art. 126.1, inciso segundo, Ant. L.S.R.L.).

IV. LA SUSPENSION DE PAGOS Y LA QUIEBRA

1. Los «errores persistentes»

El Capítulo X del Anteproyecto de Ley contiene algunas referencias a la suspensión de pagos y a la quiebra en las que se manifiestan «errores persistentes». La primera referencia a la quiebra aparece a continuación del catálogo de las causas de disolución: la quiebra de la sociedad determina su disolución «cuando se acuerde expresamente como consecuencia de la resolución judicial que la declare» (art. 107.2 Ant. L.S.R.L.). Mucho se ha discutido sobre esta fórmula que, como bien es sabido, también aparece en la Ley de Sociedades Anónimas (art. 260.2 L.S.A.) y que también aparecía en la redacción originaria de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 30, párrafo segundo, L.S.R.L.). Al reproducir este texto, el Anteproyecto no sólo ha renunciado a sustituir una conflictiva norma, sino que ha renunciado también a la más humilde tarea de aclarar su significado. En realidad, la declaración judicial de quiebra debería haberse configurado como un supuesto de disolución legal en pleno derecho, en la que la liquidación, a cargo de los síndicos —y no de los liquidadores—, se realiza en el marco de un procedimiento concursal de ejecución colectiva. El eventual convenio de continuación, concluido por la sociedad deudora y sus acreedores concursales, una vez aprobado por el Juez, sería causa bastante para que la Junta general de socios aprobara la reactivación de la sociedad. En tal supuesto, el propio Juez, al aprobar el convenio, o —si se *prefiere*— el Comisario, debería convocar la Junta general de socios para acordar dicha reactivación y el nombramiento de los administradores.

La segunda referencia a la quiebra y a la suspensión de pagos que hace el Anteproyecto es a propósito de la obligación legal que, en caso de insolvencia de la sociedad, se impone a los liquidadores. En el término de diez días a partir de aquél en que se haga patente la situación de insolvencia, los liquidadores deben solicitar la declaración de suspensión de pagos o de quiebra, «según proceda» (art. 127 Ant. L.S.R.L.). Al igual que en el caso anterior, estamos ante una norma traída de la Ley de Sociedades Anónimas (V. art. 281 L.S.A.) que no figuraba en el texto del Anteproyecto elaborado por la Ponencia —como tampoco figura en la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada—, y que no hubiera debido incorporarse al texto aprobado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. Las razones contrarias a la incorporación son de naturaleza heterogénea. Así, de un lado, no parece que tenga sentido imponer esa obligación legal a los liquidadores cuando es altamente dudoso que subsista en el Derecho español el deber del deudor insolvente de manifestarse en estado de quiebra. De otro lado, la formulación legal parece

partir de una distinción entre la quiebra y la suspensión de pagos que, aunque teóricamente correcta, no se corresponde con la legislación en vigor, la cual, como es notorio, ha desdibujado la distinción (arts. 8 y 10 L.S.P.). Pero, además, en determinados casos, la apertura de un procedimiento concursal carece de sentido. Tal acontece —como antes ha habido ocasión de **apuntar**— en los supuestos de absoluta falta de activo (salvo que, a través de la reintegración de la masa, algo pudiera obtenerse).

2. La postergación legal de créditos

Al trazar las líneas maestras de la labor a desarrollar, la Ponencia discutió si procedía o no introducir en el Anteproyecto la declaración de postergación legal de créditos en caso de «infracapitalización nominal» de la sociedad. Algunos miembros de dicha Ponencia albergaban dudas sobre si el encargo de redactar la Ley especial podía entenderse que comprendía la preparación de la normativa sobre esta materia. De un lado, el ejemplo de la Ley alemana de 4 de julio de 1980 —la «GmbH-Novelle»— militaba en favor de incluir la regulación en la proyectada Ley especial. Pero, de otro —como la propia experiencia alemana pone de **manifiesto**—, carecía de lógica limitar la regulación a una sola de las sociedades de capital. Por supuesto, el fenómeno de la infracapitalización nominal es más frecuente en las pequeñas y medianas sociedades —por lo general, **cerradas**— que en las grandes —por lo general, **abiertas**— en forma de sociedades anónimas. Pero el fenómeno no es privativo de una específica forma social, como la realidad española ha puesto y pone de manifiesto, y, a veces, de modo clamoroso.

Solicitado el parecer de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación acerca de la oportunidad de afrontar esta tarea, la Sección, en su reunión del 17 de julio de 1990 encomendó a la Ponencia la redacción de la normativa sobre la postergación legal de créditos en caso de «infracapitalización nominal» de sociedades de capital, a fin de poder pronunciarse sobre dicha oportunidad a la vista de una propuesta concreta.

Dos órdenes de problemas ocuparon muchas horas de trabajo: la cuestión sistemática, es decir, la de la ubicación del régimen jurídico de la postergación legal, cuestión que, tras distintos ensayos (introducción de la Sección 14.^a en el Título I del Libro II del Código de Comercio, sustitución de la Sección 8.^a del Título I del Libro IV del mismo Código), habría de resolverse incluyendo en el Anteproyecto una disposición adicional (disp. ad. 12.^a) por la que se crea un nuevo Capítulo en la Ley de Sociedades Anónimas —el Capítulo XI (arts. 311 a 316)—, el cual, por remisión, se declara aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada

(V. art. 128 Ant. L.S.R.L.); y el problema de fondo, esto es, el del contenido normativo, tema que suscitó una interesante confrontación de concepciones. Precisamente por ello la tarea de la Ponencia fue mucho más complicada de lo que hubiera podido sospecharse.

2.1. La «concepción societaria» y la «concepción concursal»

Entre los partidarios de regular la materia se delimitaron progresivamente dos concepciones antagónicas: la «concepción societaria» (o de la «infracapitalización») y la «concepción concursal» (o del «antiprivilegio»). La primera, claramente influida por la «GmbH-Novelle» de 1980, pretendía incorporar a la legislación española normas muy directamente inspiradas en el texto actual de la Ley alemana de Sociedades de Responsabilidad Limitada (§§ 32a y 32b); la segunda, por el contrario, pretendía continuar una línea ya iniciada en el Anteproyecto de Ley concursal de 1983, el cual había suprimido el derecho de voto en la Junta de acreedores de todas aquellas personas que en algún momento a partir del año anterior a la fecha de retroacción hubieran sido socios de responsabilidad ilimitada, socios de responsabilidad limitada con participación superior a la décima parte del capital social, administradores o gerentes de la sociedad concursada o de una sociedad del mismo Grupo, así como el derecho de voto de las sociedades del mismo Grupo de la sociedad concursada (art. 73-2.º y 5.º Ant. L.C.). Los partidarios de esta segunda concepción defendían la declaración de la postergación legal automática de dichos créditos en las suspensiones de pagos y quiebras, hubiera o no «infracapitalización nominal». Para esa declaración legislativa podía aprovecharse la ocasión ofrecida por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, aunque no fuera materia que propiamente perteneciera al Derecho de sociedades, o, por el contrario, podían introducirse las correspondientes normas en la revisión del Anteproyecto de Ley Concursal. Para los partidarios de esta «concepción concursal», la imposibilidad técnica —o, al menos, la extrema dificultad— de exigir legalmente una concreta proporción entre fondos propios y fondos ajenos condena inevitablemente a la inseguridad jurídica a cualquier régimen basado en la «filosofía de la infracapitalización».

Esta diferencia de concepciones se traducía en dos normativas muy diferentes. Si la postergación legal se considera efecto de la «infracapitalización nominal» es necesario para que ese efecto se produzca que se demuestre que tales créditos —para utilizar la fórmula alemana— se han contraído por «necesidades de financiación que un ordenado comerciante habría cubierto mediante aportaciones de capital» (V. § 32a GmbHG). Frente a la concepción societaria, la concepción concursal se fundaba en

una nueva concepción de los privilegios concursales: al lado de la tan necesaria «poda» de privilegios, se considera imprescindible introducir la técnica del «antiprivilegio», es decir, postergar automáticamente en todo procedimiento concursal determinados créditos por razón de su titularidad. La idea central de esta segunda concepción era que, en caso de suspensión de pagos o de quiebra de sociedad anónima, de responsabilidad limitada o comanditaria por acciones, los créditos que, por si o por persona interpuesta, tuvieren frente a la sociedad los socios con participación en el capital social superior a un determinado porcentaje (el 5 por 100, el 10 por 100), o los administradores, quedan postergados de pleno derecho hasta la íntegra satisfacción de los demás acreedores.

2.2. *Las fases de elaboración del régimen jurídico proyectado*

La elaboración de las normas que habrían de presentarse a la Sección de Derecho mercantil pasó por tres fases sucesivas: en la primera fase se sometió a crítica la redacción fundada en la «concepción societaria» por considerar que la referencia a las «necesidades de financiación que un ordenado comerciante habría cubierto mediante aportaciones de capital» era imprecisa y vaga. Pero, al mismo tiempo, la mayoría de los miembros de la Ponencia consideraron excesivamente dura la postergación automática de los créditos por razón de la titularidad, que patrocinaba la «concepción concursal», postergación que podía conducir, en algunas ocasiones, a resultados inequitativos.

Para superar los problemas de una y otra concepción, en una segunda fase se ensayó una solución intermedia basada en la enumeración taxativa de los supuestos de postergación legal, tratando de reducir el ámbito de la función normativa de los paradigmas abstractos, que se mantenían, sin embargo, en una cláusula colectiva o de cierre del sistema. A tal fin se tuvieron en cuenta aquellas legislaciones europeas que, con alcance diverso, se han ocupado de la «infracapitalización nominal» y, en particular, la Ley belga de 4 de agosto de 1978, la ya mencionada Ley alemana de 4 de julio de 1980 y el Decreto-Ley portugués de 2 de septiembre de 1986. Pero ninguna de estas Leyes, como tampoco la muy interesante jurisprudencia norteamericana, se tomaron como modelo de la proyectada solución intermedia, la cual buscaba en ellas más inspiración que modelos legislativos.

El primer caso de postergación legal se configuraba para la hipótesis de que la suspensión o la quiebra se produjese antes de que transcurrieran tres años desde la constitución de la sociedad. Los datos estadísticos ponen de relieve que la «mortalidad» de sociedades es muy elevada en estos primeros años de vida, evidenciando así un error de cálculo de las efectivas necesi-

dades financieras de la sociedad. Precisamente para aminorar esta «mortandad», en el Derecho belga, antes de la constitución de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, los fundadores deben remitir al Notario un «plan financiero» en el que se justifique el importe del capital de la sociedad a constituir. Este documento se conservará en el protocolo notarial, pero no es objeto de la publicidad a la que, por el contrario, está sometida la escritura de constitución (arts. 29 *ter* y 120 *ter* L. Coord., introducidos por la Ley de 4 de agosto de 1978). Si la sociedad es declarada en estado de quiebra en los tres años siguientes a la constitución, los fundadores responden, en la proporción fijada por el Juez, de las obligaciones contraídas en ese período por la sociedad, si el capital social fuera «manifiestamente insuficiente» para asegurar el ejercicio normal de la actividad proyectada, al menos, durante un período de dos años (art. 35-6.º y 23-7.º L. Coord., introducido por la Ley de 4 de agosto de 1978). Ciertamente, no parecía oportuno incorporar al Derecho español una regulación semejante. De un lado, la exigencia del denominado «plan financiero» añadiría un nuevo requisito a la constitución de sociedades y encarecería el coste de la misma. De otro, atribuir al Juez la determinación de si el capital originario es o no manifiestamente insuficiente y la medida de la responsabilidad de los socios suponía la judicialización inevitable del tema. Por ello, en la regulación ensayada no había declaración de responsabilidad de los socios, sino únicamente postergación legal de los créditos que los propios socios o los administradores hubieran concedido a la sociedad durante la fase inicial, si la suspensión o la quiebra tenía lugar antes de que transcurriese el indicado período de tiempo. La mera existencia de créditos de socios o de administradores evidenciaba *per se* que la sociedad se había constituido con un capital manifiestamente insuficiente.

En esa enumeración taxativa, el segundo caso de postergación era el del crédito que tuviera como causa una entrega a cuenta de una futura ampliación de capital. La entrega a cuenta es una hipótesis extraordinariamente frecuente en la realidad española. En sociedades cerradas y de pequeñas dimensiones se repiten los casos en los que —a veces por malicia y otras por simple desidia— la adopción del acuerdo de aumento del capital social se pospone una y otra vez, realizando los socios sucesivas entregas que se contabilizan por la sociedad en la forma indicada. Es evidente que el concepto en el que tales fondos se suministran o facilitan aconseja impedir que, de abrirse el procedimiento concursal antes de la adopción o de la ejecución del acuerdo de aumento, las cantidades correspondientes reciban un tratamiento distinto del de meros créditos ordinarios.

El tercero de los supuestos de postergación legal se fundamentaba en la distinción entre necesidades transitorias y necesidades no transitorias de financiación. Los socios que acudan en ayuda financiera de la sociedad para

la realización de una operación ocasional —v. gr.: un crédito de campaña— no deben sufrir postergación en la satisfacción de ese crédito, si la sociedad suspende pagos o quiebra antes del reembolso o de la amortización de ese crédito; pero, cuando los créditos tengan un vencimiento superior a un determinado plazo, constituyen expresión inequívoca de que esas exigencias financieras no eran transitorias u ocasionales. Esta distinción entre créditos o préstamos transitorios y créditos o préstamos dotados de cierta permanencia es precisamente la que utiliza el Código portugués de las Sociedades Comerciales para la delimitación del «contrato de suprimento» que, como modalidad del préstamo de socios, regula específicamente para las sociedades de responsabilidad limitada (arts. 243 a 245). Precisamente índice del carácter de permanencia es la estipulación de un plazo de reembolso superior al año (art. 243.2). En ese Derecho, declarada la quiebra de la sociedad, tales créditos de socios no pueden ser satisfechos si previamente no han recibido satisfacción los créditos de terceros (art. 245.3). Inspirándose en la señalada distinción, se propuso a la Ponencia que los créditos y préstamos dotados en determinada permanencia, fijada convencionalmente en un año, quedasen legalmente postergados si hubieran sido concedidos por socios o por administradores.

En fin, la enumeración terminaba con una fórmula semejante, aunque no idéntica, a la alemana, que previsoramente posibilitaba extender la postergación a supuestos diferentes de los antes señalados.

Sin embargo, esta solución intermedia no habría de recibir el apoyo mayoritario de los miembros de la Ponencia. Tras muy largos e intensos debates, rectificaba ésta su criterio originario, prefiriendo acoger la «concepción societaria» y seguir el modelo alemán. Así lo propuso a la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y así fue aprobado por dicha Sección en una sesión memorable por la altura del debate.

2.3. *La prevalencia de la «concepción societaria»*

El principio fundamental es aquél según el cual, en caso de suspensión de pagos, quiebra o intervención administrativa en la liquidación de una sociedad anónima, comanditaria por acciones o de responsabilidad limitada, los créditos que, por sí o por persona interpuesta, tuviere frente a la sociedad cualquier socio con participación en el capital superior al 10 por 100 quedan postergados de pleno derecho «cuando se hubieran contraído por necesidades de financiación que un ordenado comerciante habría cubierto mediante aportaciones de capital», presumiendo la norma que esta última circunstancia concurre «cuando los créditos hubieran sido concedidos sin

determinación de vencimiento o en condiciones que manifiestamente la sociedad no hubiera podido obtener en el mercado» (art. 311.1 L.S.A.). Quedan igualmente postergados de pleno derecho los créditos de terceros con garantía de cualquiera de los socios con participación superior a dicho porcentaje, en los que concurran las circunstancias señaladas (art. 311.2 L.S.A.).

Al traducir la «concepción societaria» en norma jurídica, se plantean los clásicos inconvenientes de las fórmulas basadas en un parámetro de conducta genérico. No parece arriesgado prever que el recurso a ese incierto paradigma de conducta aumentará la litigiosidad en el interior de los procedimientos concursales, quedando la decisión de la postergación al arbitrio de Jueces y Magistrados, los cuales tardarán tiempo en unificar criterios. La suspensión de pagos y la quiebra que no soportan fácilmente en la actualidad la falta de normas sobre postergación legal de créditos, tampoco soportarán en el futuro la falta de automatismo de las normas que se promulguen sobre dicha postergación legal.

No obstante, el triunfo de la «concepción societaria» no ha sido absoluto. Si ha podido prevalecer, ha sido mediante importantes concesiones a la «concepción concursal».

La primera de estas concesiones radica en la ampliación subjetiva de los acreedores postergados: al lado de los socios con participación superior al 10 por 100 del capital social —única categoría de acreedores respecto de la cual tiene sentido hablar propiamente de «infracapitalización»—, el Derecho proyectado declara también postergados de pleno derecho los créditos concedidos por los administradores de la sociedad o los créditos de terceros con garantía de los administradores cuando se hubieran contraído por necesidades de financiación de la sociedad que un ordenado comerciante habría cubierto mediante aportaciones de capital (art. 311 L.S.A.).

La segunda concesión a la «concepción concursal» se encuentra en la postergación legal de los créditos de sociedades pertenecientes al mismo Grupo: en caso de suspensión de pagos, quiebra o intervención administrativa en la liquidación, los créditos de sociedades pertenecientes al mismo Grupo que la sociedad deudora quedan postergados de pleno derecho, sin necesidad de entrar a considerar si han sido contraídos o no por necesidades de financiación que una ordenada sociedad habría cubierto mediante aportaciones de capital (art. 312 L.S.A.). Cualquier profesional del Derecho que conozca la realidad tendrá que reconocer que esta hipótesis de postergación —en la que había comenzado a trabajar muy tempranamente la Ponencia—, caso de alcanzar rango legal, está llamada a jugar un decisivo papel. Muy lamentable sería que presiones de muy variado signo —por otra parte, previsibles— lograsen la supresión de tan importante norma proyectada.

La tercera concesión a la «concepción concursal» aparece al tratar de

los efectos de la postergación legal. Por supuesto, los créditos postergados no pueden ser satisfechos hasta la íntegra satisfacción o la adecuada garantía de los demás créditos existentes en el momento en que haya sido admitida a trámite la solicitud de suspensión de pagos, declarada judicialmente la quiebra o acordada la intervención administrativa de la liquidación de la sociedad. Pero la normativa proyectada prevé también que tales créditos no atribuyen a su titular derecho de voto en las quiebras y suspensiones de pagos de la sociedad, deduciéndose del pasivo su importe para el cómputo de las mayorías correspondientes (art. 313 L.S.A.).

Como toda solución de compromiso, la que se ha dado al tema de la postergación legal no satisface plenamente. No son difíciles de identificar las críticas que puede recibir la normativa proyectada, según la perspectiva de la que se parta. Los partidarios de la «concepción societaria» no tardarán en denunciar las «contradicciones» que, en el Derecho proyectado, introducen estas concesiones a la «concepción concursal»; los defensores de esta última no dejarán de denunciar la peligrosa judicialización a que conduce la prevalencia de la «concepción societaria». Con todo, el Anteproyecto tiene el mérito indudable de convertir en proposición prelegislativa lo que hasta ahora no eran sino propuestas doctrinales. Se da así un importante paso en el camino hacia la regulación legal de la materia, una materia que exige imperiosamente una inmediata intervención del legislador. Como recuerda la Exposición de Motivos del Anteproyecto, «pocas cuestiones suscitadas en el ámbito del Derecho mercantil moderno requieren una intervención legislativa más urgente». Cualquiera que sea el destino del Anteproyecto, la regulación del tema de la postergación legal de créditos —valga el juego de palabras— no debiera postergarse por más tiempo.

ANGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO
Catedrático de Derecho mercantil
de la Universidad Autónoma de Madrid