



Pasivo sobrevenido: sociedad (todavía) en liquidación y responsabilidad de antiguos socios y liquidadores

A propósito de la STS 324/2017, de 24 de mayo

Autor/a

Francisco J. Alonso Espinosa

Catedrático de Derecho Mercantil. Abogado.

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº6 | Año 2017

Artículo nº 1

Páginas 1-8

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

1. Preliminar.

Hay una más o menos cuestionable praxis de los empresarios de construcción que es la subyacente en el supuesto de hecho de la sentencia de referencia. Con el fin de dificultar el ejercicio de posibles acciones de responsabilidad contractual derivada de defectos

o vicios ocultos de las edificaciones que realizan o promueven, tales empresarios constituyen sociedades ocasionales (casi instrumentales) cuyo objeto social es la realización de una determinada y concreta edificación o, acaso, un pequeño grupo de ellas. Una vez vendida la misma (viviendas, normalmente), tales empresarios casi “ocultos” tras tales sociedades oca-

sionales proceden a disolverlas por conclusión de su objeto social, son liquidadas y formalmente extinguidas mediante cancelación de sus asientos registrales. Cuando aparecen pasivos sobrevenidos en forma de casos de responsabilidad contractual -incumplimientos contractuales o bien cumplimientos defectuosos- de los que la sociedad ya extinguida y, acaso, sus administradores, hubieran debido responder, los adquirentes de las viviendas se encuentran entonces con que el constructor-vendedor, su contraparte contractual, ha desaparecido, al menos formalmente.

Pues bien, ello no es así. Si la liquidación de la sociedad ha sido irregular en el sentido de que no ha cumplido sus funciones propias, la principal de las cuales es la completa satisfacción o, en su caso, aseguramiento, de los derechos de los acreedores sociales (a salvo los casos de concurso), la sociedad sólo está formalmente extinguida pero realmente sigue viva en el sentido de que conserva su personalidad jurídica como sociedad todavía en liquidación a pesar de haber sido formalmente extinguida mediante la cancelación de sus asientos registrales. Puede, por tanto, ser demandada (sigue, pues, teniendo legitimación pasiva desde el prisma procesal) y condenada a cumplir las obligaciones que hayan quedado pendientes tras su irregular liquidación o, en su caso, las nuevas que puedan nacer como son las propias de la responsabilidad contractual presentes en el supuesto de hecho de la STS 324/2017, de 24 de mayo, las cuales representan un supuesto concreto de “pasivo sobrevenido” a los efectos del art. 399 LSC. Además, según la doctrina contenida en esta STS, estas consecuencias de una liquidación irregular son directas, es decir, no es preciso antes obtener la anulación de los

asientos de cancelación de la sociedad ni tampoco es preciso solicitar y obtener la reapertura formal de la liquidación. De esta forma, la STS 324/2017, de 24 de mayo, supera la doctrina contenida en STS 503/2012, de 25 de julio, en el sentido de que ésta había declarado la imposibilidad de demandar a una sociedad (anónima) formalmente extinguida sin solicitar al tiempo que el Juzgado declarase la anulación de sus asientos extintivos así como la reapertura de la liquidación. Según esta superada doctrina, la cancelación registral de la sociedad incluía, entre sus efectos, la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad cuyos asientos habían sido cancelados lo que, a su vez, determinaba la falta de capacidad de la sociedad para ser parte de un proceso debido, precisamente, a su carencia de personalidad jurídica (cf. art. 6.1.3º LEC). Esta doctrina contenía dos errores implícitos respecto a los efectos de la cancelación de los asientos registrales de la sociedad al interpretarlos desde una óptica excesivamente formalista: (i) que tales asientos tienen carácter constitutivo (y no simplemente declarativo), y (ii) la de su eficacia extintiva de la personalidad jurídica de la sociedad formalmente extinguida incluso a pesar de mantener obligaciones vivas ante sus acreedores.

2. Eficacia declarativa de los asientos de cancelación de la sociedad II.

La STS 324/2017, de 24 de mayo, confirma la doctrina establecida por las anteriores SSTs 220/2013, 20 de marzo, y 979/2011, de 27 de diciembre, sobre los efectos meramente declarativos de los asientos de cancelación de la sociedad. Según esta doctrina, “*La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no concluye con la formalización de las operacio-*

nes liquidatorias, sino cuando se agotan todas sus relaciones jurídicas, debiendo, mientras, responder de las obligaciones antiguas no extinguidas y de las obligaciones sobrevenidas”. La STS 324/2017 invoca al efecto la RDGRN de 13 Mayo de 1992, según la cual: “la cancelación de los asientos registrales de una sociedad es una mera fórmula de mecánica registral que tiene por objetivo consignar una determinada vicisitud de la sociedad, pero que *no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica, la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad entablara*” y, también, la RDGRN de 27 de diciembre de 1999, según la cual: “al no haberse concluido el proceso liquidatorio *en sentido sustancial, aunque sí formal*, los liquidadores continuarán como tales y deberán seguir representando a la sociedad mientras surjan obligaciones pendientes o sobrevenidas, máxime cuando la inscripción de cancelación en el Registro Mercantil *no tiene efecto constitutivo sino meramente declarativo*”. Como observa la STS 324/2017, esta doctrina de la DGRN ha sido mantenida sin fisuras. Así, las RR de 13 y 20 de mayo de 1992, 15 de febrero de 1999, 14 de febrero de 2001, 29 de abril de 2011 y 17 de diciembre de 2012 y, más recientemente, la de 14 de diciembre de 2016, según la cual: “*después de la cancelación persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular, de forma que la cancelación de sus asientos no perjudica al acreedor, toda vez que se mantiene la aptitud de la sociedad para ser titular de derechos y obligaciones, mientras no se hayan agotado todas las relaciones jurídicas de la misma*. La cancelación de los asientos registrales de una sociedad no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vici-

situd de la sociedad, que en el caso de liquidación es que se considere terminada la liquidación. Por ello, no impedirá la ulterior responsabilidad de la sociedad si después de formalizarse e inscribirse la escritura pública de extinción de la sociedad aparecieren bienes sociales no tenidos en cuenta en la liquidación (cf. art. 398 LSC)”.

3. La sociedad de capital mantiene indefinidamente su personalidad jurídica como sociedad en liquidación hasta su completa y regular liquidación.

Puede afirmarse que el principal argumento sobre el que la STS 324/2017 fundamenta su estimación del recurso y fallo reside en la concepción de la personalidad jurídica de las sociedades de capital que en ella subyace y, en parte, formula. La sentencia considera, en efecto, de forma subyacente, que el fin primordial de la liquidación es la liberación total del patrimonio social con el objeto de poder repartir el remanente entre los socios. Ello impone el previo cumplimiento o aseguramiento por la sociedad de todas sus obligaciones ante terceros las cuales no experimentan ninguna alteración por efecto de la liquidación (cf. GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, tomo I, Madrid, 1976, págs. 338, 342). Pero el hilo argumental de su fallo no reside en la exigencia de protección de los derechos de los acreedores sociales como una de las bases y fines esenciales del régimen de la liquidación sino, más bien, en que esa protección jurídica es un efecto del mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad ante el hecho de su liquidación incompleta o, acaso, irregular. Esto es, que la personalidad jurídica de la sociedad de capital no se extingue en los casos

en los que ésta sólo haya sido formalmente liquidada y extinguida porque, realmente, siga siendo deudora en relaciones jurídicas de las que es o era parte y que no han sido liquidadas o bien han sido irregularmente liquidadas. Esa protección de los acreedores de la sociedad incompleta o, en su caso, irregularmente liquidada y extinguida deriva, pues, de un fundamento más profundo y acaso más sólido: el relativo al mantenimiento indefinido de la personalidad jurídica de la “sociedad en liquidación” (cf. art. 371.2 LSC) hasta tanto su liquidación no sea completa y regular. Es este, seguramente, por otra parte, el principio general que fundamenta y subyace en los actuales artículos 397-400 LSC.

La personalidad jurídica de las sociedades de capital puede atravesar hasta por tres fases que, en realidad, son diferentes regímenes jurídicos (cf. GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, cit., pág. 164) aplicables a las relaciones del grupo de socios entre sí y con terceros de acuerdo con el cumplimiento de los presupuestos legales necesarios para su constitución y, en su caso, extinción como tales sociedades de capital.

(i) La primera de esas fases es la que media entre el otorgamiento de la escritura de constitución y la inscripción de la misma en el Registro Mercantil. Es la personalidad jurídica propia (en el sentido de régimen legal) de la sociedad en formación según los arts. 36-38 LSC. Se trata de un caso específico de personalidad jurídica básica en cuanto el régimen de la sociedad en formación es un supuesto de sociedad externa *transitoria* que, por ello, precisa de reglas especiales dirigidas a regir -sólo *transitoriamente*- ciertos aspectos de su responsabilidad ante terceros, así como los relati-

vos a la desaparición de la situación de transitoriedad implícita a la misma como consecuencia de la inscripción registral (sobre los conceptos y relaciones entre personalidad jurídica y sociedad externa, vid. GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, cit., págs. 49-51, 165; PAZ-ARES, C., en AA.VV., *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª ed., Navarra, 2006, págs. 490-492, 567-569). El fracaso de esta primera fase -constituyente- se resuelve mediante una especie de apéndice legal -los arts. 39-40 LSC- que representa la otra fórmula posible de resolución de la situación de transitoriedad propia de la sociedad en formación. Bajo el título de “sociedad devenida irregular”, se aclara la aplicación al caso del régimen de la sociedad colectiva como sociedad general de comerciantes, esto es, otro régimen de personalidad jurídica básica de las sociedades en cuanto propio de la sociedad externa, si bien adaptado al carácter civil o mercantil del objeto social de la frustrada sociedad de capital como especie de técnica de readaptación a la realidad de la concreta sociedad del principio de mercantilidad por la forma propio de las sociedades de capital ex art. 2º LSC.

(ii) La segunda de las aludidas fases es relativa al régimen de atribución de la personalidad jurídica *propia* de la sociedad de capital según su forma. Esta personalidad jurídica propia de la sociedad de capital “que corresponda al tipo social elegido” es la modalidad presente en el art. 33 LSC. Es atribuida como efecto de la inscripción registral por cuya virtud queda acreditada la legalidad formal de la constitución. La inscripción atribuye “su” personalidad jurídica a la sociedad de capital en el sentido de que por su virtud queda activado el régimen jurídico aplicable a la misma según su forma entre las tres elegibles. Esta perso-

nalidad jurídica propia de cada una de las tres formas de sociedad de capital perdurará en toda su plenitud hasta que la misma incurra en disolución.

(iii) La tercera de las fases es la que media entre la disolución de la sociedad de capital, cuyo efecto primordial es la apertura del proceso dirigido a su liquidación y extinción (art. 371.1 LSC). La sociedad en liquidación conserva su personalidad jurídica (art. 371.2 LSC) pero ya no en plenitud pues “continuarán aplicándose a la sociedad las demás normas previstas en esta ley *que no sean incompatibles con las establecidas en este capítulo*” (art. 371.3 *in fine* LSC). La sociedad de capital en liquidación tiene, en este sentido, personalidad jurídica de sociedad de capital pero es ya una personalidad jurídica “impropia” en el sentido que ha dejado de ser la “propia” del art. 33 LSC. Ello porque el régimen jurídico de la sociedad en liquidación excluye la aplicación a la misma de aquellas normas legales y estatutarias que sean incompatibles con el proceso y fines de la liquidación, uno de los cuales es el “pagar las deudas sociales” (cf. arts. 385.1 y 395.1.c LSC). Puede afirmarse, por tanto, que la personalidad jurídica de la sociedad en liquidación subsiste de forma indefinida hasta tanto la liquidación no haya cumplido sus funciones y fines, entre ellos el del pago total de las deudas sociales (o su extinción por otras causas como, por ejemplo, su prescripción). De ahí que, como se ha visto, los asientos registrales de cancelación de la sociedad tengan carácter simplemente declarativo. La RDGRN de 14 de diciembre de 2016 lo declara así, también con referencia a la personalidad jurídica de la sociedad en liquidación: “después de la cancelación *persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida* como centro residual de imputación en tanto no se

agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular”.

La STS 324/2017, de 24 de mayo, sustenta su fallo sobre la argumentación descrita basada en la personalidad jurídica “especial” de la sociedad en liquidación. En cuanto a la primera y segunda fases aludidas sobre el régimen de atribución de personalidad jurídica a las sociedades de capital, la STS afirma lo siguiente: “Aunque... suele afirmarse que las sociedades de capital adquieren su personalidad jurídica con la inscripción de la escritura de constitución y la pierden con la inscripción de la escritura de extinción, esto no es del todo exacto. En el caso de las sociedades de capital..., la inscripción de la escritura de constitución es y era necesaria para adquirir la *personalidad jurídica propia* del tipo social elegido. En este sentido se expresa el actual art. 33 LSC... Pero la falta de inscripción de la escritura de constitución no priva de personalidad jurídica a la sociedad, sin perjuicio de cuál sea el régimen legal aplicable en función de si se trata de una sociedad en formación o irregular. En uno y en otro caso, tienen personalidad jurídica, y consiguientemente gozan de capacidad para ser parte conforme al art. 6.1-3º LEC...”.

En cuanto a la tercera de las aludidas fases, la relativa a la especial personalidad jurídica de la sociedad en liquidación, la STS 324/2017 declara: “...aunque la inscripción de la escritura de extinción y la cancelación de todos los asientos registrales de la sociedad extinguida conlleva, en principio, la pérdida de su personalidad jurídica..., *conserva esta personalidad respecto de reclamaciones pendientes basadas en pasivos sobrevenidos, que deberían haber formado parte de las operaciones*

de liquidación. A estos efectos, relacionados con la liquidación de la sociedad, esta sigue teniendo personalidad, y por ello capacidad para ser parte demandada... Dicho de otro modo, a estos meros efectos de completar las operaciones de liquidación, está latente la personalidad de la sociedad, quien tendrá capacidad para ser parte como demandada, y podrá estar representada por la liquidadora, en cuanto que la reclamación guarda relación con labores de liquidación que se advierte están pendientes”.

4. Responsabilidad de antiguos socios y liquidadores por pasivos sobrevenidos y función relativa de la continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad en liquidación.

Son, sin embargo, necesarias algunas precisiones respecto a la real utilidad de la subsistencia de la personalidad jurídica de la sociedad en liquidación ante casos de pasivos sobrevenidos. Ello porque -desde la derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, cuyas soluciones en materia de pasivos sobrevenidos fueron generalizadas a todas las sociedades de capital por la LSC vigente según RDL 1/2010- el art. 399 LSC imputa directa y solidariamente a los antiguos socios la responsabilidad derivada de pasivos sobrevenidos (si bien es una responsabilidad hasta el límite de lo recibido como cuota de liquidación) así como, cumulativamente, también la imputa a los liquidadores dentro de su régimen de responsabilidad civil por dolo o culpa grave (cf. art. 397 LSC). Por esta razón, la continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad en liquidación puede tener una función real muy relativa ya que la

misma carecerá de interés real ante reclamaciones de pasivos sobrevenidos cuya existencia no requiera sentencia declarativa sobre la existencia y validez de su título, así como tampoco será relevante ante casos en los que no existan dudas sobre la identidad y alcance de la responsabilidad de los socios responsables y sobre el nivel de ajuste de la actuación de los liquidadores a sus deberes de diligencia y lealtad. Permiten apoyar esta afirmación los arts. 395.2 y 396 LSC. Según el primero: «A la escritura pública [de extinción] se incorporarán el balance final de liquidación y la relación de los socios, en la que conste su identidad y el valor de la cuota de liquidación que les hubiere correspondido a cada uno», contenidos que, por virtud del segundo de ambos preceptos, han de ser transcritos en la inscripción registral de tal escritura de extinción. Tales disposiciones están en función de hacer efectivas las responsabilidades imputables a antiguos socios y liquidadores sin necesidad de tener que demandar a la sociedad en liquidación ya que la responsabilidad de ambos grupos de sujetos es directa y no subsidiaría respecto de la sociedad defectuosa o irregularmente liquidada. Por ello, la STS 324/2017 reconoce expresamente que *“en muchos casos, para hacer efectiva esta responsabilidad, no será necesario dirigirse contra la sociedad”*. ¿Qué casos serán estos? Pues, con carácter general, aquellos en los que exista certeza total sobre la existencia y validez del crédito cuyo pago se reclama, así como también sobre la identidad y alcance cuantitativo de la responsabilidad de los antiguos socios y, en su caso, sobre la identidad de los liquidadores, si es que se ejercita contra ellos la acción de responsabilidad.

Pasivo sobrevenido: sociedad (todavía) en liquidación y responsabilidad de antiguos socios y liquidadores
A propósito de la STS 324/2017, de 24 de mayo

¿En qué casos podría entonces convenir demandar a la sociedad todavía en liquidación dada la existencia de deudas pendientes de pago derivadas de su actividad -pasivos sobrevenidos- a pesar de constar su extinción formal en el Registro Mercantil? A esta cuestión parece que se haya de responder en el sentido de que tal demanda será conveniente si la situación es tal que aconsejase una reapertura de la liquidación una vez consideradas las dudas que se suscitasen respecto al éxito del ejercicio de acciones directas contra antiguos socios y, acaso, liquidadores basadas en el art. 399 LSC. Se trataría seguramente de casos en los que fuera necesario impugnar la propia liquidación o bien algunas de sus operaciones significativas como presupuesto para poder obtener el cobro de los pasivos sobrevenidos como objetivo último de la reclamación. Serían tales casos aquellos en los que, por ejemplo, pueden haber quedado socios omitidos de la escritura de extinción así como también aquellos en los que los límites de su responsabilidad reflejados en la escritura de extinción pueden no ser los correctos. Piénsese en tal sentido que no es infrecuente la praxis de “liquidaciones anticipadas” unidas en un solo acto a la disolución de la sociedad cuyo objeto, a veces, no es el legítimo de simplificar la liquidación sino que lo que se persigue es excluir o minimizar al máximo los importes que corresponderían a los socios en concepto de cuota de liquidación. Se trata de liquidaciones con balance “0” pero no como resultado de una verdadera y propia liquidación sino que se instrumentan así ya desde el mismo acuerdo de disolución, acuerdo este al que pueden haber precedido reducciones de capital o bien transmisiones de acciones o participaciones sociales con el simple objetivo de eludir responsabilidades por pasivos sobrevenidos dejados a conciencia. También estos mismos ca-

sos, esto es, ciertas reducciones de capital por amortización de acciones o participaciones sociales y ciertas transmisiones de las mismas, pueden producirse en el seno de una liquidación con similares efectos perniciosos para ulteriores acreedores de pasivos sobrevenidos. También se puede pensar en casos de bienes vendidos a socios o terceros a precios incompatibles con sus valores de mercado, existencia de bienes sociales no liquidados, cuentas de socios cuyo pago no fue reclamado ni obtenido, retribuciones abusivas a favor de antiguos administradores y liquidadores, pago de créditos ficticios a socios o terceros relacionados con ellos, etc. Todo ello ha podido tener lugar antes o después de la liquidación y puede repercutir sobre la solvencia de la sociedad ante el deber de pago de sus deudas a todos sus acreedores. La lista podría ser casi interminable.

En este orden, la STS 324/2017, de 24 de mayo, cita como ejemplo de demanda contra la sociedad todavía en liquidación, a pesar de constar inscrita su extinción, el caso genérico que constituye su supuesto de hecho: el caso de que el pasivo sobrevenido objeto de reclamación consista en un crédito que precise su previo reconocimiento judicial como tal. Recordemos que se trata de un crédito derivado de una acción de incumplimiento contractual (o, en su caso, por cumplimiento defectuoso). Según la STS, “reclamaciones como la presente, sin perjuicio de que acaben dirigiéndose frente a los socios para hacer efectiva la responsabilidad solidaria hasta el límite de sus respectivas cuotas de liquidación, pueden requerir de un reconocimiento judicial del crédito, para lo cual resulte conveniente dirigir la demanda frente a la sociedad. En estos supuestos, en que la reclamación se basa en que el crédito reclamado debería haber formado par-

te de la liquidación, y que por lo tanto la practicada no es definitiva, no sólo no debemos negar la posibilidad de que pueda dirigirse la reclamación frente a la sociedad, sino que, además, no debemos exigir la previa anulación de la cancelación y la reapertura formal de la liquidación. De este modo, no debe privarse a los acreedores de la posibilidad de dirigirse directamente contra la sociedad, bajo la representación de su liquidador, para reclamar judicialmente el crédito, sobre todo cuando, en atención a la naturaleza del crédito, se precisa su previa declaración”.

Parece evidente que, como la propia STS parece sugerir al indicar que, finalmente, habrá que dirigir la acciones, también en estos casos, contra antiguos socios y, en su caso, liquidadores, también en estos supuestos en los que sea necesario el previo reconocimiento judicial sobre la existencia y validez del título que soporta el pasivo sobrevenido objeto de reclamación, la acción habrá de ser dirigida no solamente contra la sociedad todavía en liquidación a pesar de su extinción formal sino también contra sus antiguos socios y, acaso, liquidadores. En otro caso podríamos encontrarnos ante una situación jurídicamente absurda como, según parece, es la que resulta finalmente del caso de la STS: que se obtenga la condena al pago contra la sociedad todavía en liquidación pero formalmente extinguida y haya entonces que iniciar un nuevo procedimiento judicial dirigido ya contra antiguos socios y, acaso, liquidadores, para obtener el pago del pasivo sobrevenido ya judicialmente declarado dado que la condena a la sociedad en estas circunstancias puede ser realmente inútil puesto que el escenario más presumible es que tal sociedad, aunque condenada al pa-

go, carezca de patrimonio sobre el que ejecutar la sentencia condenatoria.