

Las operaciones *post-mortem* de la sociedad extinta

La capacidad de obrar de una empresa no desaparece, necesariamente, con su extinción registral, pero la vertebración del ejercicio de esas facultades residuales sigue generando discrepancias en la práctica jurídica.

El último episodio de la liquidación de las sociedades mercantiles es la extinción, que culmina con la publicidad de su defunción en el tráfico jurídico, vía cierre de la nota registral relativa a la sociedad en el Registro mercantil. En principio, la extinción supone la pérdida de la personalidad jurídica y la imposibilidad de que la mercantil vuelva a operar en el mercado. Sin embargo, ¿qué sucede cuando la sociedad aún cuenta con acreedores a los que no ha satisfecho y, al mismo tiempo, es propietaria de activos con los que hacer frente a dichas deudas? Este problema es especialmente frecuente tras el transcurso de un procedimiento concursal y, concretamente, tras una liquidación concursal pues es cuando la mercantil difícilmente ha podido satisfacer a todos sus deudores, y de ahí, que sea el que es, el presupuesto objetivo para la declaración de concurso.

Con todos los matices precisos, es un presupuesto de insuficiencia patrimonial para la completa satisfacción de los acreedores de la mercantil solicitante. Insuficiencia que se confirma cuando el concurso no culmina en una solución convenida si no que, como en la inmensa mayoría de los casos, acude (directa o consecutivamente) a liquidación. Además, no es infrecuente que la liquidación finalice y se acuerde la conclusión del concurso no solo con acreedores sin satisfacer -que es, precisamente lo habitual, frente a una liquidación mercantil- si no, además, con activos de su titularidad que no han sido liquidados.

Los bienes pendientes de liquidación que generan más problemática son precisamente aquellos que son objeto de inscripción en registros públicos porque, generalmente, aquellos que no lo son -habitualmente de menor valor- se han enajenado a alguna entidad sin ánimo de lucro o se han desguzado, como suelen prever los planes de liquidación como fase residual. Y así, como decimos, no es infrecuente que una sociedad, otrora concursada, cuyo concurso ha concluido y registralmente se ha extinguido, continúe figurando en los registros de la propiedad como propietaria de bienes.

Sin embargo y sorprendentemente, en ocasiones, sigue generando controversia en la práctica si la extinción supone una pérdida de la personalidad jurídica a todos los efectos. Y la sorpresa radica en que, en sede de liquidación mercantil, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en su artículo 123 ya preveía y, actualmente, la Ley de Sociedades de Capital (LSC) en su artículo 400.1 vuelve a recoger que “(...) cuando fuere necesario, los antiguos liquidadores podrán formalizar actos jurídicos en nombre de la sociedad extinguida con posterioridad a la cancelación registral de esta”. Si los órganos societarios pueden seguir nutridos de poder de representación es precisamente porque, pese a la cancelación de la nota registral de la mercantil, el legislador decide generar esa suerte de entelequia legal para dar solución a un problema muy recurrente en el tráfico, como es la existencia de sociedades extintas con bienes que constan aún de su titularidad y relaciones jurídicas pendientes de extinguir -deudas-. Dicha entelequia legal prevista *de lege lata* parece la solución más sencilla a un problema jurídico tan habitual como espinoso.

Así, una interpretación teleológica del anterior precepto nos lleva a entender que la cancelación es una mera mecánica registral que no comporta una extinción efectiva de la personalidad jurídica. La

extinción de la sociedad tras su liquidación no imposibilita continuar -concretamente finalizar-, por parte del antiguo liquidador o administrador social, las operaciones de liquidación. Sin embargo, estas operaciones deben ser residuales y de carácter liquidativo, es decir, buscar la extinción de las relaciones jurídicas de la sociedad extinta. Así debe entenderse la alusión que el precepto hace a actos jurídicos necesarios (*“cuando fuere necesario”*). Sería este el ejemplo, de los acreedores con garantías reales inscritas sobre bienes titularidad de la sociedad extinguida.

No obstante, dicha interpretación del precepto, durante años, no fue pacífica porque la previsión legal no detalla el modo en que se daría forma a ese “breve y limitado regreso a la vida” de la mercantil. En tal sentido, se produjo el debate sobre si debía considerarse la ficción legal de que la personalidad jurídica de la sociedad liquidada pervivía en estos supuestos solo para atender a las relaciones pendientes (tesis declarativa), o bien si se consideraba preciso que se solicitase la nulidad de la cancelación y la reapertura de la liquidación (tesis formalista). En otras palabras, la tesis declarativa sostiene que la sociedad no se extingue a causa de la cancelación registral porque la cancelación, precisamente, tiene meros efectos declarativos. Por su parte, para la tesis formalista la cancelación tiene efectos constitutivos coincidiendo el momento de la inscripción de la cancelación con el momento en que la sociedad debe darse por extinguida. De ahí que entienda necesario solicitar la nulidad de la cancelación y la reapertura de la liquidación -aun con la problemática que ello suele generar-.

La jurisprudencia nos ofrece resoluciones en ambos sentidos durante finales del pasado siglo. Sin embargo, desde hace casi dos décadas predomina la tesis declarativa. Así, desde al año 1992, la Dirección General de Registros y del Notariado (RDGRN de 13 de mayo de 1992), y desde el año 2000, el Tribunal Supremo -STSS de 4 de junio del 2000 y de 10 de marzo de 2001- se han venido decantando de manera clara y reiterada por dicha tesis. Esta teoría, que antes que por el Tribunal Supremo fue defendida por diversas audiencias provinciales y por la propia Dirección General de Registros y del Notariado, se consolidó de la mano del Alto Tribunal y con conceptos tales como el de *“la personalidad controlada”* o el de *“centro residual de imputación”*.

Por otro lado, tras el concurso de acreedores, se dan razones añadidas en contra de reavivar a la mercantil mediante la reapertura de su hoja registral. Porque, además de las razones básicas de economía -tiempo y dinero-, esa reapertura solo se podría producir por mandato al Registro de la Propiedad emitido por el Juez del concurso que tuviera a bien su reapertura y el desarrollo, en su seno, de las operaciones de liquidación restantes. Para tal reapertura se requeriría que nos encontrásemos dentro de los supuestos del artículo 179 de la Ley Concursal (LC) y, en tal sentido, que los bienes y derechos a liquidar se hubiesen descubierto con posterioridad a la conclusión del concurso (art. 179.2 LC). Por lo tanto, si los bienes ya se encontraban “localizados” -lo que sería obvio en el caso de que dichos activos hubiesen sido incluidos por la administración concursal en su inventario de la masa activa-, tal reapertura no sería posible.

La otra posibilidad que da el legislador en estos supuestos de operaciones de liquidación residuales, junto al empoderamiento de los *“antiguos liquidadores”* de la mercantil, entraña mayores dificultades prácticas. Esta se recoge en el artículo 400.2 LSC estableciendo que *“en defecto de liquidadores, cualquier interesado podrá solicitar la formalización por el juez del domicilio que hubiere tenido la sociedad”*. Además de la mayor lentitud que entraña la solución judicializada, este supuesto no estaría exento de problemas pues la Ley lo prevé como vía subsidiaria -así la expresión *“en defecto de”*-. Se puede entender, además,

que el uso subsidiario de la vía judicial deberá haberse acreditado precisamente ante el Juez, al interesarse su ejercicio. Es decir, que los antiguos liquidadores desatendieron o declinaron la solicitud -lo cual sería posible pues el artículo 400.1 LSC habla en términos de facultad-. Por otro lado, no basta con contar con el silencio o la negativa de cualesquiera liquidadores -de haber habido varios-, sino que la norma se refiere a los últimos y, si no los hubo -nunca fueron nombrados o nunca se abrió la liquidación-, se deberá recabar respecto a los últimos administradores sociales. Concretamente, los últimos liquidadores o administradores sociales cuyo cargo fue inscrito y que, en la actualidad y dada la hipotética extinción de la sociedad, constarían cesados de su cargo. En el anterior sentido se pronuncia la Dirección General de Registros y del Notariado (RDGRN de 10 de marzo de 2017).

Los anteriores matices deberán considerarse también en caso de haberse extinguido la mercantil tras una liquidación concursal. La interpretación del órgano más autorizado en materia registral sería adecuada también en dicho supuesto dado que, con el Auto de conclusión del concurso, la administración concursal pierde toda legitimidad para actuar en nombre de la mercantil -cese de facultades-. Por otro lado, defender que la administración concursal fuese el “*antiguo liquidador*” al que alude la LSC y que, por tanto, estuviese legitimada para las referidas operaciones, sería tanto como sostener la tesis formalista en contra de la jurisprudencia del Alto Tribunal antes referida.

Elena Asenjo

Abogada senior del Departamento de Reestructuraciones e Insolvencias
Chávarri Abogados