

Lección IV

Dra. Gloria Ortega Reinoso

EL EMPRESARIO SOCIAL. SOCIEDADES MERCANTILES

I. DELIMITACIÓN DE EMPRESARIO SOCIAL

Si una pluralidad de personas se agrupa para alcanzar un fin común mediante una organización estamos ante una asociación, debiendo distinguirse entre asociaciones en sentido estricto, cuando sus miembros persiguen cualquier ventaja distinta del lucro, y sociedades, cuando persiguen un lucro, esto es, la obtención de un excedente económico o beneficio que sea distribuable entre ellos. De otro lado, será sociedad cuando los cotitulares de la empresa la exploten de forma conjunta y directa a fin de obtener unos beneficios que repartirse y comunidad de bienes cuando no la exploten, sino que la liquidan o ceden su explotación a otros (ej. arrendándola).

II. ASPECTOS DE LA SOCIEDAD MERCANTIL

En la sociedad mercantil hay que distinguir dos aspectos: a) el contractual, que hace referencia al negocio jurídico fundacional, pues las sociedades tienen su origen en un contrato de sociedad del que deriva un vínculo obligacional entre los socios, que se obligan a promover la consecución del fin común, si bien, el socio no se obliga frente a los demás socios sino frente a la sociedad. Como excepción, tienen su origen en un negocio jurídico unilateral las sociedades “unipersonales”, constituidas por un único socio, que nuestro Derecho admite como modalidad de SA, SRL y SNE; y b) el institucional, puesto que del contrato de sociedad mercantil nace una organización con la finalidad de actuar en el tráfico jurídico relacionándose con terceros, a cuyo fin el Derecho le atribuye personalidad jurídica.

III. ASPECTO CONTRACTUAL: EL CONTRATO DE SOCIEDAD MERCANTIL

1. Elementos esenciales. Sociedad nula

Los elementos esenciales del contrato de sociedad mercantil son, como en todo contrato:

a) El consentimiento de las partes, que han de tener capacidad de obrar, según el CC, y estar exento de cualquier vicio (dolo, error, violencia o intimidación, que son causas de anulabilidad).

b) El objeto del contrato, que está constituido por los derechos y obligaciones que del contrato surgen para los socios, los principales derechos son participar en los beneficios que obtenga la sociedad (derecho al dividendo) y ejercitar el derecho de voto en relación con las decisiones más importantes de la sociedad, y la principal obligación es realizar la aportación a la que cada uno se haya obligado, pudiendo ser objeto de aportación todo lo que sea susceptible de formar el fondo común (dinero -aportación dineraria- o bienes -aportación no dineraria-, que integran el capital social) y cualquier actividad personal orientada a la consecución del fin social (aportación de industria, pero que no se admite en los tipos capitalistas). En cuanto a los bienes, lo aportado pasa al patrimonio de la sociedad a título de propiedad salvo que se realice a título de uso. Distinto es el objeto de la sociedad, que es la actividad que va a desarrollar, que ha de ser lícita, posible y determinada.

c) Y la causa del contrato, que es el ánimo de lucro, esto es, el ánimo de obtener beneficios mediante el ejercicio en común de una actividad económica que se repartirán los socios: si el contrato excluye la distribución de beneficios entre los socios no será una sociedad, sino otro ente asociativo; y el pacto que excluya a uno o más socios de participar en los beneficios será nulo (pacto leonino), que se entenderá no puesto.

Pese a que concurra una causa de nulidad en el contrato de sociedad, ésta se considera válida en tanto no sea declarada nula judicialmente (doctrina de la sociedad de hecho), y una vez que se declare nula no se extingue, sino que se inicia su liquidación, que es un periodo durante el que la sociedad mantiene su propia personalidad jurídica, lo que garantiza la posición de quienes contrataron con la sociedad, ya que se mantiene la validez de sus créditos, de forma que sólo cuando se haya pagado a los acreedores sociales, o asegurado el pago, si quedan bienes en el patrimonio social podrán restituirse a los socios sus aportaciones y repartirse el patrimonio restante, extinguiéndose después la sociedad.

2. Formalidades. Sociedades irregulares

El contrato de sociedad mercantil se rige por el principio general de libertad de forma; principio que se mantiene para la constitución de las sociedades reguladas en el C.co., que son la sociedad colectiva (S.C. o S.R.C.) y la comanditaria simple (S.Com. o S. en C.), que no requieren para su constitución como tales tipos sociales escritura pública ni inscripción en el RM.

Distinto ocurre con la sociedad anónima, la de responsabilidad limitada y la comanditaria por acciones, reguladas por la Ley de sociedades de capital de 2-7-2010, al exigir su ley especial que han de constituirse en escritura pública que ha de inscribirse en el RM. Por lo que, si no se inscriben en el RM no estaremos ante una S.A., S.L. o S. Com. por A., ya que esa exigencia tiene carácter constitutivo, sino ante una sociedad, derivada de la válida celebración del contrato de sociedad bajo el principio de libertad de forma, que se regirá por la disciplina de la sociedad colectiva o de la civil según que su objeto sea una actividad mercantil o no, lo que conlleva que los socios van a responder subsidiariamente de las deudas de la sociedad, solidariamente entre ellos los colectivos y mancomunadamente entre sí los civiles.

En cualquier caso, todas las sociedades tienen que inscribirse en el RM antes de iniciar su actividad a efectos de publicidad, de poder oponer a los terceros de buena fe la existencia de la sociedad. Si participa en el tráfico sin estar inscrita será una sociedad “irregular”, que es válida como sociedad porque parte de un contrato de sociedad válido -por lo que serán válidas sus obligaciones, de las que responderá con su propio patrimonio-, si bien: se agrava la responsabilidad de los administradores, que frente a los terceros responderán solidariamente con la sociedad de los actos celebrados en su nombre; no serán oponibles a los terceros los pactos de los socios que alteren el régimen legalmente previsto para el tipo social utilizado; en la sociedad comanditaria simple, la limitación de responsabilidad del socio comanditario no será oponible frente a terceros -responderá como el colectivo-; y en las capitalistas, los socios responderán de las deudas sociales -en los términos vistos-; y cualquier socio puede solicitar la disolución de la sociedad y que se le devuelva su cuota de liquidación.

3. Consecuencias del especial carácter del contrato de sociedad

Esa especialidad se manifiesta tanto en el aspecto interno como en el externo:

a) En el aspecto interno, la especialidad radica en que no hay reciprocidad de prestaciones, el socio no se obliga frente a los demás sino frente a la sociedad, en consecuencia: a) No rige la excepción de contrato no cumplido, por lo que, ante el incumplimiento por un socio de su obligación de aportar, otro no puede negarse a realizar la suya, salvo que la del incumplidor sea esencial para desarrollar el objeto social, en cuyo caso cabe la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que la sociedad pueda exigirle el cumplimiento o excluirlo; b) Tampoco se aplica la “condición resolutoria tácita”, por lo que, ante el incumplimiento de un socio de su obligación de aportar, el que ha cumplido no puede resolver el contrato de sociedad, con la anterior salvedad; y c) La nulidad, anulabilidad o imposibilidad de cumplir que afecte a uno o varios socios no implica la nulidad total de la sociedad, sino sólo parcial -de los afectados-, con la anterior salvedad.

b) En el aspecto externo, la especialidad radica en que del contrato de sociedad mercantil nace una organización con personalidad jurídica que el legislador disciplina en formas diversas dando origen a los distintos tipos de sociedades mercantiles.

IV. ASPECTO INSTITUCIONAL: LA PERSONALIDAD JURÍDICA

1. Reconocimiento de la personalidad jurídica a las sociedades mercantiles

La personalidad jurídica no es más que un instrumento técnico del Derecho para reconocer a la sociedad como un sujeto de derecho y obligaciones distinto de quienes la componen, de forma que la sociedad se convierte en centro de imputación de relaciones jurídicas. El contenido de la personalidad jurídica depende de lo que establezcan las normas reguladoras de cada persona jurídica y, por tanto, de cada tipo de sociedad mercantil. Nuestro Derecho reconoce personalidad jurídica a las sociedades mercantiles desde su válida constitución, lo que debe entenderse en el sentido de que la sociedad mercantil adquiere la personalidad jurídica propia del tipo social que haya utilizado desde que éste se haya constituido válidamente (así, la SA como SA desde su inscripción en el RM), si bien, la sociedad mercantil adquiere la personalidad jurídica básica desde la válida celebración del contrato de sociedad mercantil, lo que supone que:

a) Tendrá un nombre: la denominación es en principio libre, salvo en el caso de las sociedades personalistas, en que necesariamente es subjetiva, formada por el nombre de todos, algunos o un socio colectivo, aunque se admite la referencia a actividades incluidas en su objeto social. En todo caso, ha de incluirse la referencia al tipo social de que se trate utilizando las expresiones que la ley reserva para cada uno, sea en forma literal o abreviada, en cuyo caso debe ir al final. Y para que el Notario otorgue la escritura pública de constitución es necesario que los socios le entreguen una “certificación negativa de denominación”, que expide el Registro Mercantil Central, que acredita que la denominación elegida no es igual o parecida a una ya registrada o notoria.

b) Tendrá una nacionalidad: las sociedades capitalistas serán españolas cuando tengan su domicilio en España, y han de tenerlo en España cuando allí tengan su principal establecimiento; las personalistas lo serán cuando, además de tener su domicilio en España, se hayan constituido con arreglo al Derecho español.

c) Tendrá un domicilio: las sociedades capitalistas deben fijarlo en el lugar donde tengan su principal establecimiento o su administración, si bien, en caso de discordancia entre el domicilio así determinado y el registral los terceros pueden

elegir cualquiera de ellos a efectos de demandarla; las personalistas tendrán su domicilio en el lugar donde tengan su administración.

d) Tendrá capacidad jurídica, pudiendo ser titular de derechos y obligaciones.

e) Será titular de un patrimonio propio, formado por la aportación de los socios, distinto al patrimonio personal de los socios. Se admite, así, la existencia de autonomía patrimonial, es decir, de masas patrimoniales separadas, de la sociedad y de cada socio, lo que conlleva que: a) los socios no pueden disponer de los bienes que aportan al patrimonio social; b) No se puede proceder al reparto del haber social sin antes haber satisfecho o asegurado los créditos de los acreedores sociales; c) Los acreedores particulares de un socio no pueden dirigirse contra el fondo común, que está sujeto a las responsabilidades contraídas por la sociedad, aunque pueden embargar y percibir los beneficios que correspondan a ese socio y la parte que le correspondería si la sociedad se liquidara, esto es, su cuota de liquidación; y d) Los acreedores sociales no pueden dirigirse contra los bienes de los socios -en los tipos sociales en los que estos responden personalmente de las deudas sociales- sin demostrar antes que la sociedad no tiene bienes para el pago (beneficio de excusión).

2. El levantamiento del velo de la personalidad jurídica

El expediente técnico de la personalidad jurídica se ha utilizado para fines que el Derecho no debe proteger, así, la interposición de un sujeto (la sociedad) en las relaciones entre los socios y los terceros puede servir, por ejemplo, para la evasión fiscal, vulnerar las prohibiciones de ejercicio de actividades empresariales que recaen sobre ciertas personas ante lo que han reaccionado la Doctrina y la Jurisprudencia, que consideran que en esos casos excepcionales de abuso es posible desconocer la existencia de la persona jurídica -que no es más que una creación del Derecho- y apreciar las relaciones jurídicas como directamente entabladas por los terceros con los socios que ilegítimamente se “ocultan” tras la personalidad de la sociedad. Se justifica, así, en ciertos supuestos, el “levantamiento del velo”, con fundamento en los principios reconocidos en el Derecho común de prohibición de los actos ejecutados en fraude de ley y de abuso de derecho y de ejercicio antisocial del mismo, que no supone la disolución de la persona jurídica, sino, simplemente, no tenerla en cuenta a determinados efectos, pero en todos los demás aspectos la sociedad permanece como tal.

V. TIPOS DE SOCIEDADES MERCANTILES

El art. 122 del Código de comercio enumera cinco tipos de sociedades mercantiles:

a) La sociedad colectiva, que el C.co. regula y denomina "regular colectiva", se caracteriza, además de por regirse por el principio de libertad de forma, porque: los socios pueden aportar bienes y/o industria, la denominación social se forma con el nombre de todos, algunos o uno de sus socios, la administración y representación de la sociedad corresponde a sus socios, todos los socios responden personal, ilimitada y solidariamente entre ellos de las deudas sociales, aunque con carácter subsidiario respecto de la sociedad (que tiene su patrimonio).

b) La sociedad comanditaria simple, regulada en el C.co., se caracteriza, además de por regirse por el principio de libertad de forma, porque: junto a los socios colectivos -que mantienen lo visto en la colectiva- existen otros, los comanditarios, al menos uno, que aportan sólo capital, su nombre no puede aparecer en la razón social, no pueden intervenir en la gestión social y responden de las deudas sociales personal pero limitadamente (esto es, hasta el importe de su aportación).

c) La sociedad anónima, regulada por la Ley de Sociedades de Capital, se caracteriza, además de por ser constitutiva su inscripción en el RM, porque: los socios sólo aportan capital; el capital, formado por esas aportaciones, no puede ser inferior a 60.000 € y está dividido en cuotas que se llaman acciones, que por tanto son partes alícuotas del capital; las acciones se representan mediante títulos o anotaciones en cuenta que tienen la consideración de valores mobiliarios, por lo que son fácilmente transmisibles, lo que facilita el cambio de socios, es una sociedad abierta; la administración no se reserva a los socios; y los socios no responden de las deudas sociales.

d) La sociedad comanditaria por acciones, regulada por la LSC, se caracteriza, además de por tener carácter constitutivo su inscripción en el RM, porque: los socios sólo aportan capital; el capital, formado por la aportación de todos los socios, está dividido en cuotas que se llaman acciones; pero al menos uno de los socios tiene encomendada la gestión y responde de las deudas sociales contraídas durante su gestión de forma personal e ilimitada, por ello denominado colectivo, mientras que los otros no intervienen en la gestión ni responden de las deudas sociales. La denominación social puede ser objetiva o subjetiva, pero de ser subjetiva se formará con el nombre de todos, algunos o un socio colectivo.

e) La sociedad de responsabilidad limitada, regulada por la LSC, se caracteriza, además de por ser constitutiva su inscripción en el RM, porque: los socios sólo aportan capital; el capital no puede ser inferior a 3.000 € y está dividido en cuotas que se llaman participaciones, que también son partes alícuotas del capital; pero las participaciones no se representan por medio de títulos o anotaciones en cuenta, ni se consideran valores, y la documentación que constata su titularidad no incorpora la condición de socio, lo que dificulta

su transmisibilidad, que está limitada por ley con el fin de dificultar el cambio de socios, es una sociedad cerrada; la administración no se reserva a los socios; y los socios no responden personalmente de las deudas sociales.

Las SA, SL y S. Com. por A. siempre son sociedades mercantiles, aunque se dediquen a una actividad civil, sometidas, por tanto, al "estatuto del empresario mercantil". Sin embargo, las SRC y las SCom sólo son mercantiles cuando se dedican a una actividad mercantil, en otro caso son sociedades mixtas, no sometidas al "estatuto del empresario mercantil".

Los particulares pueden utilizar los tipos de sociedades previstos en el C.co. y los que han regulado leyes especiales, pero no pueden crear tipos distintos, dado que está en juego la seguridad del tráfico, y tampoco pueden alterar el régimen jurídico de los tipos legales en sus aspectos externos, esto es, representación de la sociedad y responsabilidad de los socios por las deudas sociales; pero pueden introducir alteraciones en el régimen legalmente previsto para las relaciones internas que no tengan carácter imperativo. La sociedad con objeto mercantil que no utilice algún "tipo legal" queda sometida a las normas de la sociedad colectiva (la que más perjudica a los socios).

VI. CLASIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Teniendo en cuenta el elemento que principalmente toma en consideración la ley para diseñar su régimen jurídico se distingue entre sociedades:

a) Personalistas: el régimen jurídico del tipo social se configura legalmente tomando en consideración principalmente la persona de los socios, sus cualidades profesionales y personales y su voluntad. Así, el modelo contractual o personalista se caracteriza porque: a) importa la identidad del socio, de modo que la participación del socio es intransferible sin el consentimiento de los demás socios; los acuerdos se adoptan por unanimidad; la gestión corresponde a los socios; y los socios responden de las deudas sociales; hay, por tanto, comunicación entre la sociedad y los socios; y b) los socios pueden diseñar su relación societaria interna conforme al principio de autonomía de la voluntad. Se trata de la sociedad civil, la colectiva y la comanditaria simple.

b) Capitalistas: el régimen jurídico del tipo social se configura legalmente teniendo en cuenta las aportaciones de los socios y el capital social. Así, el modelo capitalista o corporativo se caracteriza porque: a) las sociedades están plenamente personificadas, de modo que existe una absoluta separación entre los socios y la sociedad. Así, ésta funciona mediante órganos sociales, uno encargado de la administración, que no se reserva a los socios, y otro de las

decisiones más trascendentes, que actúa conforme al principio de mayoría; los socios no responden de las deudas sociales; y la condición de socio es fácilmente transferible; y b) la ley regula muchos aspectos de estas sociedades con carácter imperativo. Se trata de la SA, las mutuas y las asociaciones.

c) Sociedades capitalistas con elementos personalistas, como las S. Com. por A., por la presencia de al menos un socio colectivo, que es administrador y responde de las deudas sociales contraídas durante su administración, y las SRL, por su carácter cerrado, al estar restringida por ley la transmisión de las participaciones.

PREGUNTAS TIPO TEST

1. En relación con la delimitación de la sociedad mercantil:

- a. Se está ante una asociación cuando el fin de la organización formada por una pluralidad de personas para alcanzar un fin común consiste en obtener un beneficio económico que sea distribuible entre ellas.
- b. Se está ante una sociedad cuando varios hermanos alquilan un local en el que instalan un bar que ellos explotan.
- c. Se está ante una sociedad cuando varios hermanos heredan una empresa que inmediatamente venden a un tercero.
- d. Se está ante una sociedad cuando varios amigos compran una empresa que arriendan a un tercero.

2. En relación con la sociedad mercantil:

- a. Ha de estar formada por un mínimo de 2 socios, ya que su origen está en un contrato.
- b. Nuestro ordenamiento jurídico admite que cualquier tipo de sociedad esté constituida por un único socio, en cuyo caso el origen está en un negocio jurídico unilateral.
- c. Las sociedades mercantiles pluripersonales tienen su origen en un contrato, aunque los socios no se obliguen entre sí.
- d. En las sociedades mercantiles, cada socio se obliga frente a los demás socios, que tienen la condición de "parte contraria".

3. En relación con el contrato de sociedad:

- a. Su objeto es una actividad que ha de ser lícita, posible y determinada.
- b. No pueden ser socios los menores o incapacitados, ya que no pueden prestar un consentimiento libre.

- c. La principal obligación del socio es realizar la aportación a la que se haya comprometido.
- d. En las sociedades mercantiles, los socios pueden aportar dinero, bienes y su actividad personal, puesto que todo contribuye a la consecución del fin social.

4. En relación con el contrato de sociedad:

- a. Nuestro Derecho admite que en el contrato se establezca una cláusula que excluya a todos los socios de participar en los beneficios sociales.
- b. Si un socio celebró el contrato por error esencial, el contrato es nulo y también la sociedad que derivó de ese contrato.
- c. Una sociedad mercantil afectada por un vicio de nulidad no puede intervenir en el tráfico jurídico, y si lo hace los contratos por ella celebrados serán también nulos.
- d. La sociedad mercantil afectada por un vicio de nulidad es válida hasta que una Sentencia declare su nulidad, y pese a la nulidad, los contratos por ella celebrados son válidos.

5. En relación con la constitución de las sociedades mercantiles:

- a. Las S.Com. no necesitan inscripción en el RM para existir como tales tipos sociales.
- b. Las S. Com. por A. deben inscribirse en el RM pero solo a efectos de publicidad.
- c. Las sociedades que teniendo que inscribirse en el RM no lo hacen, se denominan irregulares.
- d. Los contratos celebrados por una sociedad irregular son nulos.

6. En el contrato de sociedad:

- a. El socio, a cambio de su aportación, recibe la aportación de los otros socios.
- b. El socio, a cambio de su aportación, adquiere la condición de socio y por tanto la titularidad de una serie de derechos y obligaciones frente a la sociedad.
- c. Si un socio incumple su obligación de aportar, los demás pueden negarse o retrasar el cumplimiento de la suya hasta que el primero cumpla.
- d. Si un socio incumple su obligación de aportar, los demás pueden solicitar la resolución del contrato y disolución de la sociedad.

7. En relación con las sociedades mercantiles:

- a. Los socios fundadores eligen la denominación de la sociedad, que no puede ser igual a la de otra inscrita en el RM, lo que se acredita con la "certificación positiva de denominación".
- b. Tienen su domicilio en la localidad que se índice en la escritura pública de constitución y así se haya inscrito en el Registro Mercantil.
- c. Los acreedores del socio pueden embargar el local que éste aportó a la sociedad, embargo que se inscribirá en el Registro Mercantil.
- d. Es posible que los socios de una SA terminen respondiendo frente a los acreedores de la sociedad si la constituyeron para un fin ilícito.

8. En la SC y en la SCom:

- a. Los socios responden personalmente de las deudas sociales.
- b. Los socios responden ilimitadamente de las deudas sociales.
- c. La denominación social se forma con el nombre de todos, algunos o cualquiera de los socios.
- d. Los socios pueden aportar dinero, bienes o industria.

9. En la SCom. y en la SCom por A.:

- a. Los socios responden personalmente de las deudas sociales.
- b. La administración corresponde a los socios.
- c. La denominación ha de ser subjetiva, formada con el nombre de los socios administradores.
- d. Los socios solo pueden aportar dinero o bienes, a excepción de los socios administradores (colectivos) que también pueden aportar industria.

10. En la SA y en la SL:

- a. Los socios no responden personalmente de las deudas sociales.
- b. El capital se divide en partes alícuotas que tienen la naturaleza de valores mobiliarios.
- c. Las partes alícuotas en las que se divide el capital social se representan por títulos o anotaciones en cuenta.
- d. La administración corresponde a los socios.