

TEMA 13. EL EMPRESARIO SOCIAL

I. INTRODUCCIÓN.

La estructura jurídica del empresario puede asumir dos formas:

(i) individual: fue la forma históricamente predominante y aún era la más importante en 1885 al promulgarse el C.Com.;

(ii) persona jurídica: tiene hoy una mayor importancia social por varias razones:

- la empresa actual necesita grandes capitales, que sólo se pueden alcanzar a través de la aportación de varios socios;

- el legislador exige con insistencia personas jurídicas como forma obligatoria para determinadas empresas (seguros, banca, entidades de valores, etc.);

- aún en el caso de que sea una persona individual la que pretenda ejercitar el comercio, es muy frecuente que cree una persona jurídica, para de esta forma limitar su responsabilidad;

- finalmente, y por razones difícilmente comprensibles, el régimen fiscal en general favorece al empresario social (el tipo del Impuesto sobre Sociedades es del 35%, el del IRPF puede superar ampliamente el tipo del 48%).

Hoy quedan cada vez menos empresarios individuales, y éstos limitados al comercio al por menor.

Dentro de las personas jurídicas empresario, aún cabe efectuar una nueva distinción:

- los empresarios que no son sociedades mercantiles (ej.: las fundaciones, el Estado, las asociaciones...);

- los empresarios mercantiles societarios: en este caso adoptan la forma de sociedad mercantil, a las que vamos a dedicar el siguiente estudio, y que son con mucha diferencia la forma más usual de ejercitar una empresa.

En efecto, según las estadísticas del Registro Mercantil Central, las Sociedades Limitadas mantienen su predominio absoluto, representando el 98,9% del total, mientras que las sociedades anónimas siguen disminuyendo su participación relativa, hasta suponer en 2015 el 0,6% (0,7% en 2014) del total de constituciones.

Con relación a las nuevas formas societarias definidas en la Ley 14/2013, de Emprendedores, se ha inscrito durante 2015 en los Registros Mercantiles la constitución de 27 emprendedores de responsabilidad limitada y 340 sociedades limitadas de formación sucesiva, por lo que hasta el momento se confirma la escasa repercusión en la actividad empresarial de estos nuevos tipos societarios..

Es característico de las sociedades que puedan ser estudiadas desde un punto de vista contractual o desde un punto de vista institucional (en cuanto a personas jurídicas; ver *infra*).

II. EL CONTRATO DE SOCIEDAD MERCANTIL.

Regulación: En los arts. 116-124 C.Com. es donde se encuentra una breve y desfasada teoría general de este contrato. Téngase además en cuenta que en los arts. 1665-1708 C.c. se encuentra una extensa y no siempre afortunada regulación del contrato civil de sociedad.

Como veremos más detalle al hilo del estudio de los temas siguientes, la legislación realmente relevante –por lo menos para las sociedades de estructura capitalista- era la contenida en las leyes especiales, básicamente Ley de Sociedades Anónimas y Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. El Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por R. D. 1/2010 –y sus sucesivos “parches”- fue un conato de reforma de nuestro Derecho Societario, que, por motivos que iremos viendo, no obtuvo los resultados esperados.

Por su parte, la propuesta de Código Mercantil de 2014 dedica a esta cuestión todo el Libro Segundo (“De las sociedades mercantiles”), y según señala la propia Exposición de Motivos (párrafo I-29), se regulan también teniendo en cuenta dicha evolución legislativa reciente, pero con un planteamiento innovador que respeta en la medida de lo posible los planteamientos de esa legislación, aunque tratando de superar los problemas a que esa normativa ha dado lugar. Veremos si esto es así o no. En cualquier caso, y al no tratarse todavía de derecho positivo, no se tendrán en cuenta las disposiciones del Código Mercantil en el estudio de Derecho de Sociedades del presente curso.

Concepto: El C.c. presenta el concepto de sociedad en el art. 1665 C.c. (verlo); el C.Com. a su vez ofrece su propio concepto en el art. 116 (utilizando la denominación arcaica de la sociedad mercantil: “compañía”). Tanto el concepto del Código Civil como el del Código de Comercio giran en torno a dos elementos:

- dos o más personas que ponen en común bienes o industria (actividad);
- con ánimo de obtener lucro; nótese que el lucro se predica con respecto a los socios, no necesariamente con respecto a la sociedad [cfr. art. 1665 C.c. y art. 2 Ley Agrupaciones de Interés Económico de 1991: “La AIE no tiene ánimo de lucro para sí misma” - la AIE es una sociedad mercantil].

El ánimo de lucro es el elemento diferenciador tradicional entre la sociedad y figuras afines como la asociación, la comunidad de bienes y la fundación, que precisamente carecen de este elemento.

El otro elemento fundamental de la sociedad es el hecho que los socios contribuyan a un fondo común, para alcanzar un fin común que interesa a todos (como dice el art. 1666.I C.c. la sociedad debe “establecerse en interés común de los socios”). Para alcanzar el interés común, los socios ponen en común bienes o derechos, que pasan del patrimonio de los socios al de la sociedad, o su propia actividad (socios industriales). La puesta en común de bienes es la característica que diferencia el contrato de sociedad de las relaciones

parciarias (p.e. un préstamo participativo o un contrato de trabajo en los cuales la remuneración se fija en una parte del beneficio).

El contrato de sociedad es un contrato plurilateral y asociativo, que difiere de forma significativa de los contratos ordinarios de cambio: las partes no están frente a frente y con intereses contrapuestos, sino que en la sociedad las partes están agrupadas y su interés es - más o menos - coincidente. Otra característica esencial del contrato de sociedad es que hace surgir una relación duradera y estable entre los socios colectivamente, y entre éstos y la sociedad.

Lo dicho tiene las siguientes consecuencias:

- La *exceptio non adimpleti contractus* [art. 1124 C.c.] no es aplicable; un socio no puede negarse a cumplir sus obligaciones frente a la sociedad, porque otro socio haya incumplido.

- Tampoco es aplicable la condición resolutoria tácita, que en los contratos bilaterales permite la resolución por incumplimiento [art. 1124 C.c.]. En el contrato de sociedad en caso de incumplimiento de una obligación por un socio, no se extingue la sociedad, sino que se excluye al socio incumplidor.

- Los vicios de consentimiento sólo vician la declaración de voluntad a la que afectan, pero no afectan a la validez del contrato, siempre que haya al menos dos declaraciones de voluntad no viciadas.

Crisis del concepto de sociedad mercantil: los conceptos tradicionales que definen la sociedad mercantil (pluralidad de socios, puesta en común de bienes o industria y ánimo de lucro) están sujetos hoy a una profunda revisión.

(i) La exigencia de pluralidad de socios, porque tras la promulgación de la LSL de 1995, se admitía plenamente y sin reserva alguna que una única persona (física o jurídica) pueda constituir una SA o SL [cfr. art. 125 LSL y 311 LSA]; la sociedad mercantil es, por lo tanto, un negocio jurídico que puede surgir de la voluntad de un solo socio, siendo suficiente que exista la posibilidad de que, en un momento posterior a la constitución, se adhieran nuevos socios. Esta posibilidad está igualmente recogida en el Capítulo III del Título I de la nueva LSC (“La sociedad unipersonal”) –verlo-.

(ii) La puesta en común de bienes e industria en interés de los socios, y el ánimo de lucro referido exclusivamente a éstos, porque no tienen en cuenta que el objeto típico y natural de la sociedad mercantil es la explotación de una empresa. En una economía de mercado la empresa es el núcleo económico fundamental de creación de trabajo y de riqueza. Sus administradores deben explotarla defendiendo “el interés social, entendido como interés de la sociedad” (como dice el art. 226 LSC); y dentro de este interés se encuentra sin duda el legítimo interés de los socios a lucrarse (cuya fundamentación constitucional se deduce sin dificultad en el reconocimiento de la propiedad privada en el art. 33.1 CE) pero también el de otras partes interesadas, como son los trabajadores, los proveedores, los clientes, los acreedores, incluso las comunidades en las que tiene sus establecimientos.

En la doctrina anglosajona se ha creado un nuevo concepto para referirse a estos tenedores de intereses: “*stake holders*”, vocablo que está modelado sobre el de accionista o “*shareholder*”. Los derechos de estos “interesistas” forman también parte del “interés general” al que se refiere el art. 128.1. CE (¡verlo!), y son tan dignos de protección jurídica como el lucro de los socios.

Todo ello debe llevar a una profunda reinterpretación del art. 116 C.Com. y en general de la concepción de sociedad mercantil: Sociedad mercantil es aquella que explota una empresa, en interés propio - interés que incluye el lucro de sus socios, pero también la defensa de los derechos de otros tenedores de intereses, como son los proveedores, los clientes, los acreedores y muy especialmente los trabajadores.

No se piense que las anteriores consideraciones son puras elucubraciones teóricas, sin relevancia práctica. La tienen, y mucha, porque los administradores de una sociedad mercantil, al gestionar la empresa, se encuentran en un conflicto: ¿deben sus actuaciones estar dirigidas exclusivamente a maximizar el lucro de los accionistas, o deben tener también en cuenta otros intereses? Un ejemplo real puede servir para clarificar el dilema: ATT, una multinacional de las telecomunicaciones, generadora de grandes beneficios, anunció un plan de reestructuración, en virtud del cual decidió despedir - por procedimientos traumáticos- 40.000 empleados. Sus directivos justificaron la medida, que conllevaba unos costes de 4.000 millones de Dólares, en la necesidad de crear una sociedad más "magra", mejor preparada para los embates del futuro.

Robert Reich - el secretario de trabajo americano - acusó a ATT de haber abandonado sus obligaciones frente a los trabajadores y la comunidad. Si la concepción de la sociedad mercantil se fundamenta en el lucro de los socios, los directivos de ATT habrán actuado correctamente (pues probablemente ATT generará en el futuro aun más beneficios); si por el contrario se adopta una postura más en la línea que yo propongo, los directivos no habrán defendido correctamente los intereses que les han sido confiados.

Esta postura no coincide con la del “Código de Buen Gobierno” para las sociedades cotizadas (de carácter voluntario y redactado por una comisión presidida por el Prof. Olivencia, que ha sido actualizado por el “Código Unificado de Buen Gobierno” o coloquialmente conocido como *Código Conthe*). El Código recomienda que el objetivo último de la actuación de los administradores debe ser la “maximización del valor para el accionista” – aunque inmediatamente matiza su propia aseveración, al exigir que se respeten los derechos de otros interesados e incluso determinados “deberes éticos que razonablemente sean apropiados para la responsable conducción de los negocios”.

En el año 2015 se publicó por parte de la CNMV una nueva versión del Código Unificado de Buen Gobierno, que recibe el nombre –en atención a su Presidenta- de *Código Rodríguez*, y salvo algunas actualizaciones, no presenta cambios sustanciales con respecto a su predecesor, y en cambio bastantes deficiencias técnicas.

La experiencia de las crisis empresariales de finales de los 90 (Enron, Worldcom, Parmalat, Forum-Afinsa, ...) así como algunos de los elementos de la actual crisis financiera derivada de las hipotecas *subprime* y el excesivo apalancamiento de inmobiliarias y constructoras, así como la gestión llevada a cabo por la Banca de Inversión y los Fondos Alternativos, y las entidades de Capital Riesgo, muestra a las claras los riesgos que puede entrañar un excesivo énfasis en la maximización del beneficio, y un simultáneo olvido de los principios éticos.

III. DELIMITACIÓN ENTRE SOCIEDAD CIVIL Y SOCIEDAD MERCANTIL.

Dado que existe un contrato civil de sociedad y un homónimo mercantil (que el C.Com. aún denomina “contrato de compañía”) se plantea la “*quaestio vexata*” de diferenciar entre ambos. El tema es bastante confuso, pues existe una triple capa de sedimentación legislativa: el C.Com., el C.c., y las antiguas LSA y LSL, ahora refundidas en la Ley de Sociedades de Capital.

(i) En el C.Com. la materia tiene un tratamiento relativamente claro: para que una sociedad sea mercantil, es imprescindible que se constituya con arreglo al Código, asumiendo alguno de los tipos que éste tiene establecido (SA, SL, S colectiva, Sociedad en Comandita) y además que se dedique al ejercicio del comercio [así se deduce de los arts. 1.2. y 116 C.Com., interpretados por constante jurisprudencia].

Además, se deben tener en cuenta las reglas especiales del art. 124 C.Com.:

- Mutuas: Son mercantiles si actúan a prima fija. Las mutuas a prima fija son aquellas en las que cada mutualista paga periódicamente una prima que se calcula “*a priori*”, y que de acuerdo con las técnicas actuariales es suficiente para cubrir el riesgo. La inmensa mayoría de las mutuas actúan a prima fija. Las mutuas a prima variable son aquellas otras en las que los mutualistas no pagan una prima constante, sino que cada vez que se produce un siniestro, se efectúa una derrama para que los socios aparten la parte que les corresponde

- Cooperativas: Son mercantiles si se dedican a actos de comercio extraños a la mutualidad. Esta posibilidad se halla regulada en la Ley General de Cooperativas, cuyo art. 4.1. permite la realización de actividades con terceros no socios, siempre que lo prevean sus estatutos.

(ii) El art. 1670 C.c. (verlo) vino a desarrollar (o enturbiar) esta materia, al permitir la creación de sociedades de tipo mercantil (una sociedad en comandita, p.e.) que se dedicara a una actividad civil (p.e. la agricultura); en tal caso, la sociedad queda sujeta al C.Com. en lo que hace a la regulación del tipo elegido, pero sin convertirse en comerciante sujeto al estatuto de éste (p.e. en materia de contabilidad).

(iii) Finalmente la LSC ha vuelto a cambiar el principio para la anónima, limitada y comanditaria por acciones, al establecer –art. 2- que serán mercantiles (y estarán sujetos al estatuto de comerciante) cualquiera que sea el objeto al que se dediquen (serían pues mercantiles, aunque se dedicaran a la mera tenencia de bienes o al simple ejercicio profesional).

La situación se puede resumir pues en la siguiente forma:

- las S.A., S.L. y S.C.A. siempre son mercantiles, cualquiera que sea su objeto;
- en las sociedades colectivas el carácter civil o mercantil depende de su objeto; ¿y cuándo un objeto es mercantil? cuando consiste en la explotación de una empresa.

IV. FORMA; PACTOS RESERVADOS.

El contrato de sociedad es uno de los contratos formales del derecho mercantil: el art. 119 C.Com. exige:

- escritura pública: este documento se divide en dos partes, el negocio jurídico constitutivo de la sociedad, y los estatutos por los que se ha de regir su funcionamiento;
- y la inscripción en el Registro Mercantil, tanto para el negocio fundacional como para cualquier modificación.

Es bastante frecuente en la práctica que alguno o todos los socios otorguen pactos adicionales, al margen de lo previsto en el documento fundacional y los estatutos (p.e. algunos socios pueden syndicar sus acciones, comprometiéndose a votar de consuno o pueden otorgarse un derecho de adquisición preferente en caso de venta de sus participaciones). A estos pactos se les conoce como pactos parasociales o pactos reservados. ¿Son válidos estos pactos? Hay que distinguir entre sociedades no cotizadas y sociedades cotizadas en bolsa:

- En las sociedades no cotizadas, los pactos son válidos entre los socios, pero no son oponibles a la sociedad (interpretación conjunta de los arts. 119 III C.Com. y art. 29 LSC; es decir si un socio vende violando un derecho de adquisición preferente concedido mediante pacto parasocial, la venta producirá todos sus efectos frente a la sociedad).

- En las sociedades cotizadas, por el contrario, los pactos parasociales no se pueden mantener en secreto, sino que deben ser comunicados a la CNMV y al mercado, e inscritos en el RM - sin estos requisitos los pactos son ineficaces (art. 112 LMV).

V. LA SOCIEDAD MERCANTIL COMO PERSONA JURÍDICA.

Los art. 116 C.Com., y 33 LSC establecen que una vez inscrita una sociedad de capital en el Registro Mercantil obtiene personalidad jurídica; a través del contrato y su registro público surge, pues, un ente jurídico nuevo y distinto de los socios que lo integran.

Las consecuencias para la sociedad del hecho que se le reconozca personalidad jurídica son “dramáticas”:

- La sociedad pasa a ser sujeto de derecho con capacidad jurídica plena para contratar (art. 118 C.Com. y 37 C.c.), incluso frente a sus propios socios. La plenitud de la capacidad jurídica permite incluso que realice actos que no encajan dentro del objeto social definido en sus estatutos. La limitación del objeto social sólo afecta a los poderes de los administradores: para realizar actividades fuera de su objeto social el acuerdo debe ser adoptado por la junta de socios (ex art. 234 LSC). La postura contraria - doctrina de *ultra vires* - es típica del derecho anglosajón histórico (“*Bubble act*” de 1726).

- Al tener plena capacidad jurídica, la sociedad disfruta de autonomía patrimonial; es decir, es propietaria de su propio patrimonio, independiente del patrimonio personal de sus socios (art. 38 C.c.).

- Se produce una separación de las responsabilidades entre sociedad y socios; cada uno responde por separado de sus propias obligaciones (aunque en las sociedades colectivas los socios responden subsidiariamente con sus propios bienes).

- Adquiere nacionalidad española y nombre propio, diferente del de cualquier otra sociedad.

- Finalmente, el ejercicio de su capacidad jurídica conlleva la necesidad de definir órganos, es decir personas físicas facultadas por ley para manifestar y concretar la voluntad de la sociedad.

La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles y la limitación de responsabilidad de los socios fue un gran logro de la Revolución francesa y es un factor que indudablemente ha favorecido el comercio. Sin embargo, también puede dar lugar a una serie de abusos que han hecho que el derecho anglosajón desarrollase la “doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica”.

En el derecho sustantivo se carece de cualquier norma al respecto, y el único instrumento del que disponemos es el art. 7 C.c.: la ley no ampara el abuso del derecho. La jurisprudencia, con base en este precepto, puede romper el esquema formal que es la personalidad jurídica y analizar el sustrato real en que se asienta. En la jurisprudencia laboral la idea del levantamiento del velo societario en los grupos de sociedades está muy extendida, entendiéndose que del pago del salario y de la indemnización responden solidariamente todas las sociedades que estén sujetas a una dirección unitaria [ver p.e. STCT 4.7.84]. Pero también en el ámbito mercantil existe una amplia línea jurisprudencial, que entronca en la conocida STS de 28 de mayo de 1984:

CONSIDERANDO: Que ya desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. primero, 1, y noveno, 3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar, por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. séptimo, 1 del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el “*substratum*” personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. sexto, 4, del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. séptimo, 2, del Código Civil) en daño ajeno o de “los derechos de los demás” (art. 10 de la Constitución) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un “ejercicio antisocial” de su derecho (art. séptimo, 2, del Código Civil), lo cual no significa (ya en el supuesto del recurso) que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino solo constatar, a los efectos de tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cuál sea la auténtica y “constitutiva” personalidad social y económica de la misma, el sustrato real de su composición personal (o institucional) y negociar, a los efectos de la determinación de su responsabilidad “*ex contractu*” o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, “quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes” y menos cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad, “según la doctrina patria”.

Nótese que el levantamiento del velo es la excepción, no la regla; para que los empresarios estén dispuestos a asumir riesgos empresariales, es imprescindible que exista una limitación de responsabilidad: ¡nadie pondría en marcha una empresa, si su patrimonio

familiar quedara a riesgo y ventura! El levantamiento del velo debe por eso quedar circunscrito a supuestos en los que, a través de la limitación de la responsabilidad, los socios intenten cometer abuso de derecho o fraude de ley o eludir obligaciones contractuales en perjuicio de tercero. La jurisprudencia ha tipificado cuatro situaciones, en las que ha aplicado la teoría del levantamiento del velo:

- si se confunden las esferas patrimoniales entre sociedad y socio (p.e. porque el socio utiliza para su propio provecho algunos bienes sociales);
- si la sociedad está infracapitalizada, es decir, tiene una dotación de capital insuficiente para realizar su actividad;
- si la sociedad es dirigida por un tercero, atendiendo al interés de ese tercero, no al de la propia sociedad (una filial con muchos beneficios adquiere bienes sobrevalorados a su matriz, para ayudarla económicamente);
- si existe abuso de la forma jurídica, es decir, si la creación de la sociedad tiene como finalidad primordial perjudicar a los terceros a través de la limitación de su responsabilidad.

Sociedad irregular: un supuesto relativamente frecuente en la práctica es aquél en el cual sociedades actúan en el tráfico y contratan con terceros sin haber sido inscritas en el Registro Mercantil (debe separarse este supuesto del de sociedad en formación, previsto en la LSC y L. Coop.: aquí existe escritura pública y voluntad de inscripción en el Registro correspondiente, y lo que hay es un lapso de tiempo que transcurre hasta que la inscripción se produce durante el cual la sociedad ya actúa).

El supuesto de la sociedad irregular ha hecho correr ríos de tinta doctrinal. A grandes rasgos, la interpretación más lógica de los vetustos arts. 118 y 120 C.Com., que disciplinan esta materia, a la luz de los arts. 39 y 40 LSC (que regula la sociedad devenida irregular y el derecho del socio a instar la disolución) y 21 C.Com. (que regula el efecto frente a terceros de la inscripción en el Registro Mercantil) parece ser ésta:

- Los contratos que la sociedad irregular realice con terceros producen todos sus efectos (aunque del art. 118 C.Com. parece deducirse lo contrario, prevalece el principio de publicidad negativa del Registro Mercantil, recogido en el art. 21 C.Com.); es fundamental que estos actos produzcan sus efectos, para proteger a los terceros que hayan contratado con la sociedad irregular, pues la nulidad normalmente lo que haría es perjudicar a la parte *in bonis*.

- Los socios de la sociedad irregular responden solidaria e ilimitadamente, con todo su patrimonio, de las deudas y responsabilidades en que haya incurrido la sociedad irregular [art. 120 C.Com.]. De esta forma se sanciona al socio que permite la situación irregular, y se protege a los terceros que hayan actuado de buena fe.

VI. CLASES DE SOCIEDADES MERCANTILES.

Sociedades típicas y atípicas: No cabe duda de que el Código de Comercio previó la posibilidad de co-existencia de sociedades típicas y atípicas (art. 122 C.Com. verlo). Como consecuencia de esta posibilidad surgió una sociedad atípica: la S.L. no prevista en la

redacción original del art. 122 C.Com., que inicialmente carecía de regulación, hasta que se promulgó la primera LSL en 1953.

¿Cabe aún hoy la posibilidad de que surja algún contrato de sociedad mercantil atípico? Literalmente cabe, pues el art. 122 C.Com sigue en vigor. Los obstáculos sin embargo se han multiplicado: la regulación del Código de Comercio era dispositiva, y por lo tanto permitía margen de maniobra. La regulación de las LSA y LSL eran imperativas, como también lo es la actual LSC, y por lo tanto no es fácil imaginar una posibilidad de crear un nuevo tipo de sociedad sin vulnerarlas. En todo caso, de crearse un nuevo tipo, sería imposible que tuviera responsabilidad limitada, y se la aplicaría la normativa de la sociedad colectiva, lo que conlleva responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios.

Para dar forma a una sociedad mercantil en nuestro derecho, existen siete tipos de sociedades generales:

a) Sociedad anónima, regulada anteriormente por la LSA de 1990; fue históricamente la sociedad más frecuente en España, pues por su configuración legal se convirtió en la panacea para las sociedades más variadas, desde PYMES familiares hasta grandes empresas cotizadas en Bolsa.

Sin embargo, desde la reforma de la LSL en 1995, el número de S.A. que se constituyen ha disminuido drásticamente, ya que la S.L. constituye una alternativa más simple y eficaz. La S.A. se ve reconducida cada vez más a grandes sociedades, sobre todo cotizadas en Bolsa, y a sociedades de estatuto especial (entidades de crédito, de seguro, o de valores, entidades de seguridad, etc.), en las cuales la ley exige la forma anónima. En el caso de SA que coticen en bolsa, la regulación de la LSA se vio complementada por los arts. 111-117 Ley del Mercado de Valores (“De las Sociedades Cotizadas”). En la actualidad esta cuestión está recogida en el Título XIV de la Ley de Sociedades de Capital (arts. 495 a 528).

La S.A. se puede describir como una sociedad:

- donde el capital se halla dividido en acciones, que en general son libremente transmisibles;
- donde los socios no responden personalmente de las deudas sociales;
- donde la administración de la sociedad se encarga a personas que pueden ser o no accionistas.

b) Sociedad de responsabilidad limitada regulada anteriormente por la LSL de 1995. Es una sociedad que históricamente servía únicamente para la pequeña empresa, pues su capital máximo era de 50M. Esta limitación ha desaparecido y se ha convertido en el tipo societario más usual; características:

- el capital se halla dividido en participaciones, y aunque son transmisibles, los demás socios tienen un derecho de adquisición preferente;
- los socios no responden personalmente de las deudas;
- la administración se encarga a personas que pueden ser o no socios.

Dentro de las SL, existe un subtipo especial, las “Sociedades Nueva Empresa” (“SLNE”, anteriormente reguladas en los arts. 130-144 LSL introducidos en 2003 y reformados en 2005). Se trata de sociedades de pequeño tamaño (capital inferior a 120.000€), formadas por un máximo de cinco socios personas físicas y cuyo objeto social debe ser fabril, comercial, de servicios o profesional. En la actualidad está recogida en el Título XII de la Ley de Sociedades de Capital (arts. 434 a 454).

Además, para que queden perfectamente “estigmatizadas” en el tráfico, se les obliga a que su denominación coincida con el nombre y dos apellidos de uno de los socios, seguida de un código alfanumérico más la sigla SLNE. A cambio de todas estas limitaciones, el legislador otorga a las SLNE:

- la posibilidad de que, una vez constituida la SLNE mediante escritura pública, el notario remita electrónicamente todos los datos al RM y a las autoridades fiscales (en la práctica, más de la mitad de las sociedades no hacen uso de esta posibilidad);
- determinados beneficios fiscales (consistentes básicamente en el aplazamiento del pago de las deudas tributarias correspondientes a los dos primeros períodos impositivos);
- una simplificación en la llevanza de la contabilidad.

Los beneficios ofrecidos no compensan en absoluto las restricciones y limitaciones que el legislador ha impuesto a las SLNE. La SLNE desde luego comenzó siendo un completo fracaso (en el año 2004 solo se constituyeron 1.314), y aunque parecía que la fórmula social iba a repuntar (1360 constituciones en 2007), en fechas recientes ha vuelto a decaer (678 constituciones en 2009).

c) Sociedad colectiva regulada en el C.Com. art. 125 y ss. Es la sociedad tradicional, la única que estaba prevista en las Ordenanzas de Bilbao. Características:

- la calidad de socio no es transmisible a terceros a no ser que sea con autorización de todos los demás socios;
- los socios responden ilimitadamente de las deudas sociales,
- la administración corresponde exclusivamente a los socios, no pudiendo encomendarse a un tercero.

Se halla en franca regresión (81 constituciones en 2004) y sólo se encuentra algún ejemplo en el ámbito de las sociedades profesionales (auditores, abogados).

d) Sociedad en comandita simple: Estaba regulada inicialmente en el C.Com., en los arts. 145 y ss. Hay que señalar que la regulación de la Sociedad Comanditaria por Acciones en el Código de Comercio –art. 151 a 157- fue totalmente modificada por la reforma de 1989, presentando entonces marcadas diferencias con la sociedad comanditaria simple, y ha vuelto reformarse con la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital, que deroga la sección 4ª del título I del libro II del Código de Comercio.

La Sociedad Comanditaria simple es también una sociedad tradicional, en aún mayor decadencia que la S. Colectiva (8 constituciones en 2009). Por su parte, la Sociedad Comanditaria por Acciones tenía una regulación tan desafortunada que en la práctica no se utilizaba nunca (entre 2005 y 2009, se constituyó... ¡una única SCA, en el año 2006, por parte de algún despistado!).

Nota esencial de las compañías colectivas son la existencia de dos clases de socios:

- colectivos: la titularidad no es transmisible (a no ser que sea con autorización de los demás socios) a terceros, responden ilimitadamente de las deudas sociales, y a ellos les corresponde la administración;
- comanditarios: pueden transmitir su participación, que incluso puede estar incorporado un valor (acción), y no pueden intervenir en la administración de la sociedad.

e) Cooperativas, regulada a nivel estatal por la Ley de Cooperativas de 1999, y a nivel de Comunidades Autónomas por su propia legislación, que presenta marcadas diferencias con la estatal. Se puede definir como una sociedad que, sometiéndose a los principios cooperativos, con estructura y gestión democráticas, desarrollan actividades empresariales para satisfacer las necesidades o intereses de los socios y de la comunidad.

Es, por lo tanto, una sociedad:

- regida por unos principios ideológicos (“principios cooperativos”);
- en la que todos los socios tienen igualdad de derechos;
- con una finalidad mutualista tanto para los socios como para la sociedad en general;
- con libre adhesión y baja voluntaria de los socios, y consiguientemente con capital variable.

Existen cooperativas de las más diferentes clases (trabajo asociado, consumo, viviendas, servicios, de seguros, de crédito - art. 6 L.Coop.) y es un tipo social relativamente frecuente en la práctica.

f) Sociedades Anónimas Laborales: reguladas por una ley especial de 1986 y subsidiariamente por la LSC. Se trata de sociedades anónimas en las cuales al menos el 51% del capital social pertenece a los trabajadores que en ella trabajan, y en las que ningún socio controla más del 25% de aquél. Su régimen jurídico es básicamente igual al de la LSA, con algunas matizaciones (cabén acciones en cartera, los socios trabajadores tienen un derecho de adquisición preferente sobre las acciones que se vendan...). Las SAL tienen un tratamiento fiscal algo privilegiado, y mayores facilidades para obtener préstamos y subvenciones.

g) Agrupaciones de Interés Económico: reguladas por su propia ley especial de 1991, y supletoriamente por las normas de la SC. A pesar de su nombre, se trata de verdaderas sociedades mercantiles, que presentan sin embargo rasgos muy particulares:

- La AIE es siempre una sociedad de segundo grado, cuyos socios son empresarios, y que realizan conjuntamente, a través de la AIE, una actividad económica auxiliar a la de sus propias empresas (Ej.: dos compañías eléctricas que compran conjuntamente carbón; cinco fabricantes de automóviles que producen conjuntamente tornillos...).
- Los socios responden personal y solidariamente de las deudas sociales.
- La administración puede ser ejercitada tanto por socios como por terceros.

VII. LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Todo el planteamiento anteriormente descrito sufrió una relativamente importante transformación con la entrada en vigor el 1 de septiembre de 2010 del R.D. 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. En efecto, este texto normativo lleva a cabo una reforma global (por su ámbito de aplicación, no por su contenido, que no es nada “nuevo”) del derecho societario español; si acertada o no, habrá que esperar algo de tiempo para evaluarlo, y desde su promulgación hasta el año 2018 ha sufrido un sinnúmero de reformas, en un alarde de deficiente técnica legislativa.

Más que hacer aquí un elenco de dichas reformas –muchas de ellas introducidas como Disposiciones Adicionales en normas que nada tienen que ver con el Derecho Societario– vemos preferible ir haciendo mención de las mismas al hilo de los diferentes asuntos que se abordan en los temas siguientes. Sí merece especial mención, por ser una de las más recientes –aunque no la última– y de mayor calado, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (*B.O.E.* núm. 293, de 4 de diciembre de 2014), que introduce sustanciales reformas en el ámbito de la responsabilidad de los administradores.

Como explica la propia Exposición de Motivos del TR LSC, la distinción entre las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada descansa en una doble característica: mientras que las primeras son sociedades naturalmente abiertas, las sociedades de responsabilidad limitada son sociedades esencialmente cerradas; mientras que las primeras son sociedades con un rígido sistema de defensa del capital social, cifra de retención y, por ende, de garantía para los acreedores sociales, las segundas, en ocasiones, sustituyen esos mecanismos de defensa –a veces más formales que efectivos– por regímenes de responsabilidad, con la consiguiente mayor flexibilidad de la normativa.

Esa contraposición tipológica entre sociedades abiertas y sociedades cerradas no es absoluta, por cuanto que, como la realidad enseña, la gran mayoría de las sociedades anónimas españolas –salvo, obviamente, las cotizadas– son sociedades cuyos estatutos contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones. El modelo legal subyacente no se corresponde con el modelo real, y esta circunstancia ha sido tenida en cuenta por el legislador español y ha debido ser tomada en consideración a la hora de elaborar el texto refundido. Se produce así, en ese plano de la realidad, una superposición de formas sociales, en el sentido de que para unas mismas necesidades –las que son específicas de las sociedades cerradas– se ofrece a la elección de los particulares dos formas sociales diferentes, concebidas con distinto grado de imperatividad, sin que el sentido de esa dualidad pueda apreciarse siempre con claridad.