**TEMA 8: EL EMPRESARIO SOCIAL**

José Ramón Salelles Climent

Catedrático de Derecho mercantil

Universidad Pompeu Fabra

“El tema de nuestro tiempo en Derecho mercantil es la asociación”

Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho mercantil*, t. I, 2ª ed., 1955, p. 259.

**SUMARIO: 1.-Del contrato de sociedad al estatuto de empresario. 2.-El contrato de sociedad. 3.-El contexto constitucional del fenómeno asociativo: derecho de asociación, libertad de empresa y de establecimiento. 4.-El contrato de sociedad y su mercantilidad. 5.-El empresario social y la personalidad jurídica. 6.-Las formas de sociedad mercantil: las sociedades mercantiles de personas y de capital. 7.-Breve consideración sobre la irregularidad y los defectos en el negocio de fundación de la sociedad.**

**1.-Del contrato de sociedad al estatuto de empresario**

La afirmación del profesor Joaquín Garrigues realizada en un momento en que se estaba fraguando la construcción dogmática del Derecho de sociedades no deja de tener actualidad: la asociación sigue siendo un tema de nuestro tiempo, como lo demuestran la práctica jurídica, las resoluciones de los tribunales, y la preocupación por la doctrina científica. No únicamente por la vigencia todavía del valor de la actuación conjunta y la colaboración de diferentes personas para el desarrollo de una actividad en el tráfico, sino también, y en un sentido más económico o funcional, porque sigue teniendo sentido a tal fin la búsqueda de una forma particular de eficiencia organizativa frente a otras soluciones que, como alternativa, y con otras implicaciones, ofrece el mercado.

No es difícil apreciar la concurrencia de elementos comunes de carácter organizativo especialmente conectados a las exigencias requeridas por el ejercicio colectivo de una actividad económica, desarrollada cada vez de forma más intensa con carácter transfronterizo y global. En última instancia, el dinamismo y la complejidad que resultan de la conexión de la asociación con la realidad económica, sujetan al marco normativo en el que se inserta, conceptual y tipológicamente, a una particular tensión, renovada en función de nuevas necesidades y expectativas y, por eso mismo, en trance de permanente cambio. La llamada que, con frecuencia y desde diversas instancias, se realiza a la modernización de este marco expresa bien la oportunidad de este ajuste y revela, al mismo tiempo, su constante actualidad con diferentes tendencias. Basta ver, por ejemplo, el reciente estudio encargado por la Comisión Europea “*Study on directors duties and sustainable corporate governance*” (2020) proponiendo diversas soluciones para mejorar el marco normativo del gobierno corporativo como medio para lograr un desarrollo económico sostenible, y el vivo debate que ha generado, o la consideración del modo en que las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial afectan a la constitución y funcionamiento de las sociedades, y pueden incidir sobre el proceso de toma de decisiones.

El recurso a la expresión de “empresario social” o “comerciante social” tiene un sentido histórico y sistemático, indudablemente influida por la existencia en el ordenamiento jurídico de un estatuto especial propio de la condición de empresario (comerciante), con otras implicaciones. En el Código de Comercio, con una aproximación que por razones similares no es aislada en una perspectiva comparada, de forma expresa, (§ 6.1 *Handelsgesetzbuch* alemán), o a partir de la condición general de empresario (art. 2082 *Codice Civile* italiano, arts. L123-1 a L123-31 *Code de Commerce* francés), los efectos que se anudan a la condición de comerciante no se limitan a las personas naturales. El estudio entre nosotros del Derecho de sociedades en los manuales académicos de Derecho mercantil suele comenzar con esta referencia general al empresario social, a continuación de las páginas que se dedican al estatuto del empresario. A este tipo de planteamiento es ajena la construcción del régimen de las sociedades a partir de unos principios propios, con una diversa evolución, en que resulta determinante la adquisición de personalidad jurídica (“*corporate body*”) para la producción de unos particulares efectos (puede verse, por ejemplo, la relación entre *corporation* y *partnership* en el ordenamiento jurídico inglés o norteamericano), y sin perjuicio de las implicaciones que puedan resultar de la aplicación, en otros ámbitos, de la condición de empresario. La modernización del derecho de sociedades del Reino Unido se presenta en esta lógica propia como fusión de los principios de “incorporation” y “partnership” (Charlesworth’s Company Law).

Con una decidida intención, el Código de Comercio dispone que “para los efectos de este Código” son comerciantes: “las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código” (art. 1º.2). En este sentido, se afirma la condición de empresario en relación con la celebración de un contrato que se regula como el primero de los contratos especiales del comercio (Libro II, Título Primero, “De las compañías mercantiles”). La reforma proyectada de la regulación codificada mediante la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Código mercantil es deudora de esta misma técnica y sigue, en lo que interesa, una aproximación similar, al predicar la aplicación de un régimen especial de la concurrencia de una determinada condición subjetiva: son empresarios las sociedades mercantiles (art. 001-2. Ámbito subjetivo, *Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de Anteproyecto de Ley de Código mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado*, Madrid, 2018, en adelante, PALCMER).

El empresario social se presenta de esta forma como un tipo o clase de empresario que se caracteriza precisamente porque su estatuto resulta de la celebración de un determinado contrato: el contrato de sociedad, que a su vez tiene diversos efectos. En este particular sentido en que el empresario social es distinto del empresario persona natural, han de considerarse adicionales implicaciones. La asunción del riesgo de empresa y el poder de dirección como notas definidoras de la posición del empresario, adquieren en relación con el empresario social unas connotaciones particulares, definidas por la forma elegida para el desarrollo de la empresa. Si el empresario persona natural asume personalmente el riesgo de la empresa que dirige, en el empresario social, el riesgo es asumido por los socios personalmente con diversa intensidad, como también es diferente su capacidad para contribuir a la dirección de la empresa, aunque esta lógica empresarial ayude a explicar el sentido de las reglas contractuales según el caso.

La atribución de esta particular condición va más allá, por tanto, del mero reconocimiento de los presupuestos a partir de los cuales resulta posible afirmar la mercantilidad del contrato, característica, por lo demás, del tratamiento dispensado por el Código de Comercio a otras relaciones contractuales: la sociedad mercantil es, además de un contrato mercantil, un empresario. Debe repararse en que, a este efecto, el empresario es la sociedad y no, por tanto, sus miembros, ya sean personas naturales o jurídicas, y cualquiera que sea su clase. Resulta por tanto oportuno distinguir, como se ha propuesto en la doctrina, entre el empresario social como condición y el empresario social como contrato, o entre la empresa y la sociedad, aunque estos planos están indudablemente relacionados. No únicamente porque el contrato funda el estatuto del empresario y está llamado a regirlo: la condición de empresario se pierde al terminar el contrato de sociedad. También porque la empresa tiene un efecto reflejo en la sociedad, si el régimen societario influye en su eficiencia y competitividad (*Informe Winter*, “Un marco normativo moderno para el Derecho de sociedades en Europa” 2002, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, “Modernización del Derecho de sociedades y mejora en la gobernanza empresarial en la Unión europea. Un plan para avanzar, COM/2003/0284 final), acentuado progresivamente por el efecto de los desarrollos que se han producido al incorporar en la regulación de la sociedad recomendaciones propias del buen gobierno corporativo y de la denominada responsabilidad social; “el buen gobierno corporativo es un factor esencial para la generación de valor en la empresa” (Ley 31, 2014, de 3 de diciembre, Preámbulo I, art. 262, Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, TRLSC, o art. 49 CCom) y perceptible en otros ámbitos [arts. 257 y 258 TRLSC o, recientemente, considerando 8º Directiva (UE) 2019/1151, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades].

En la doctrina ha prevalecido la interpretación de que el contrato de sociedad mercantil lleva aparejado el reconocimiento del estatuto del empresario social por la relevancia atribuida como criterio de mercantilidad, en última instancia, al objeto de la sociedad. Como tempranamente se advirtió (Garrigues), a pesar de lo que el tenor literal del Código de Comercio pudiera sugerir (art. 1º.2), y aun antes del reconocimiento por el Código civil de la posibilidad de sociedades civiles con forma mercantil (art. 1670 CC) había base suficiente para considerar que la adquisición de la condición de empresario social no dependía únicamente de un criterio formal: la referencia adicional a un criterio material o real tiene precisamente como finalidad conectar la especialidad del estatuto con una particular forma de ejercicio de una actividad en el mercado. En este sentido, la razón por la que aquella se justifica no se presenta de forma diferenciada respecto a las personas naturales y al ejercicio del comercio. Escribió el profesor Garrigues:”No podía el C. de c. recurrir exclusivamente a un criterio formal para calificar las sociedades mercantiles, cuando el criterio real del ejercicio del comercio es el decisivo en la calificación del comerciante individual (art. 1º, núm. 1º)”.

La relación entre sociedad y empresario social presenta, sin embargo, una cierta complejidad, especialmente perceptible en una perspectiva histórica y comparada en relación con la caracterización del presupuesto subjetivo de la quiebra, como expresión del estatuto propio del empresario, que se agrava en el ordenamiento jurídico español por la falta de una consideración expresa de lo que pueda tenerse como actividad propia del empresario, como actividad mercantil (del comerciante). La transición del contrato hacia el estatuto introduce una peculiaridad cierta que se proyecta sobre el régimen contractual, haciéndolo más rígido en algunos aspectos, y atemperando sus efectos en otros. La falta de una correspondencia perfecta entre la sociedad mercantil y el empresario social ocasiona además, y como se ha de ver, algunas dudas sobre el régimen aplicable en algunos casos. No parece que pueda decirse en un intento de deslindar diversos efectos de forma excesivamente simplificadora que la sociedad se refiera a las relaciones internas (jurídico-sociales) y la condición de empresario social a las relaciones externas (con terceros). Aun siendo cierto que estas últimas son especialmente relevantes en la definición del estatuto del empresario, como sucede, como es sabido, con el régimen de representación (especialmente art. 281 y ss. CCom) o de inscripción en el Registro mercantil (art. 16 y ss. CCom), hay elementos del régimen interno de la sociedad determinados por ese estatuto como sucede con los deberes de documentación y de contabilidad (art. 25 y ss. CCom, 202, arts. 253 y ss TRLSC), sin que, por otro lado, el régimen jurídico del contrato de sociedad deje de abordar aspectos de carácter externo como la representación (arts. 234, 249.1 TRLSC) o la inscripción registral (entre otros, art. 20, 11 bis.2, 13.1, 31 y ss. TRLSC). Este es un tratamiento que no resulta sustancialmente modificado en la PALCMER.

La condición de comerciante permite a la sociedad participar de un régimen jurídico sustancialmente referido en el Código de comercio a la representación, la publicidad Registral y los deberes de contabilidad (Vicent Chuliá), una vez superada la especialidad del presupuesto subjetivo del concurso (art. 1, Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, TRLC). Al no definirse el acto de comercio con criterios objetivos, la condición del empresario social adquiere también valor para determinar la mercantilidad de una determinada relación jurídica. La participación de una compañía mercantil permitirá, en efecto, calificar de este modo como mercantil un mandato (art. 244 CCom), un depósito (art. 303 CCom) o un préstamo (art. 311 CCom). Y aun puede verse en el régimen societario una preocupación por la protección de la confianza en la apariencia característica del estatuto del comerciante (arts. 3, 126, 147 CCom, o Disp. Ad. 2ª.1, Ley 2/2007, de 15 de marzo de sociedades profesionales, LSP).

Como es evidente, estas implicaciones no quedan únicamente limitadas por las previsiones del Código de comercio. El empresario social es a otros efectos empresario, y resulta relevante la consideración de su condición en relación con aquellas disposiciones que presentan un régimen diferenciado en función de la concurrencia de la condición de empresario, por las implicaciones de esta condición y, por tanto, cualquiera que sea su carácter, como sucede, por ejemplo, con el régimen de las condiciones generales de la contratación (art. 8.2, Ley 7/1998, de 3 de abril sobre condiciones generales de la contratación, LCG, cfr. STS de 20 de enero de 2020, ECLI:ES:TS:2020:31) o con el Derecho de la competencia (art. 19 y ss., o Disp. Ad. 4ª, Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, LDC). En otras ocasiones, sin embargo, la diferenciación entre empresario social y natural importa, como revela, por ejemplo, el acceso al beneficio de la exoneración del pasivo en el concurso, que queda reservado al empresario persona natural (art. 486, TRLC).

Al mismo tiempo, la condición de empresario social que resulta de la celebración del contrato no determina necesariamente, como resulta en una perspectiva comparada, el reconocimiento de la personalidad jurídica [como sucede, por ejemplo, en el caso de la *offene Handelsgesellschaft* (oHG) del ordenamiento jurídico alemán, o en los de la *società in nome colletivo* *o in accomandita semplice* del ordenamiento jurídico italiano, aunque no se les ha dejado de reconocer cierta subjetividad, ahora expresamente contemplada por la reforma del derecho alemán mediante la *Personengesellschaftsrechtmodernisierungesetz*, (*MoPeG*), de 10 de agosto de 2021 (105.2 *HgB*) que todavía no ha entrado en vigor y que parece asumir el modelo de sociedad que inspira la regulación de estas formas]. En el ordenamiento jurídico español, como se ha de ver, y como sucede en el ordenamiento jurídico francés (art. L210-6 *Code de Commerce*), debe partirse del reconocimiento de la personalidad jurídica del empresario social (art. 116 CCom).

La singularidad de su estatuto resulta por tanto de esa base negocial y de la agrupación que permite para el desarrollo de una tarea colectiva y compartida por contraposición a la tarea individual. De esta caracterización resultan diversas implicaciones sistemáticas y metodológicas que ahora únicamente pueden apuntarse. En el primer sentido, afirmada la existencia de un sistema de Derecho de sociedades (Girón Tena), debe convenirse en el carácter gradual de sus límites, porque se advierten procesos de acumulación e interpenetración con otros sistemas. Por un lado, porque el contrato de sociedad no está únicamente regulado en el Código de Comercio, y debe aceptarse una caracterización unitaria básica del contrato de sociedad por razones de coherencia del propio sistema (Girón Tena, Paz-Ares). En la regulación del contrato de sociedad en el régimen general de las obligaciones y contratos en el Código civil, como un contrato más (arts. 1665 a 1708) se ha identificado la disciplina básica de la relación societaria, que permite el enlace de un complejo entramado sobre una base jurídico conceptual (Girón Tena), sin perjuicio de sus diferentes particularidades, que pueden oscilar de la relación puramente obligacional a la consideración de la sociedad como un mero “vehículo de financiación”. Sobre este régimen básico es posible construir un conjunto de disposiciones generales (como ahora propone la PALCMER y es característico de otros ordenamientos). La dimensión contractual del empresario social no puede considerarse con independencia de este régimen general, por cuanto el contrato de compañía mercantil participa de los rasgos generales del contrato de sociedad que, a su vez, participa del régimen general de las obligaciones y contratos. Por otro lado, porque el contrato de compañía mercantil se presenta en el Código de Comercio como un tipo de contrato (art. 116 CCom) que también puede adoptar diversas formas o clases (art. 122 CCom). Existen, pues, diferentes formas o clases de empresarios sociales.

Atender a esta dimensión contractual resulta oportuno para lograr una comprensión más acabada del régimen jurídico propio del empresario social que es el Derecho de sociedades, que se ha de ver, en consecuencia, como parte del Derecho de contratos. Se ha dicho con razón que la particular caracterización del contrato de sociedad como contrato, aunque esté alejado del paradigma de los contratos sinalagmáticos ofrecido por el contrato de compraventa, no puede excluir estas implicaciones. La aplicación de esta lógica contractual, actualmente revalorizada (Buonocore), ha tenido implicaciones ciertas en aspectos significativos del régimen jurídico, más allá de los relacionados con carácter general con la interpretación, cumplimiento o validez del contrato, para afectar de manera profunda a los principios ordenadores de la disciplina y ofrecer, con no menor trascendencia, un marco normativo para el tratamiento de sus aspectos singulares. Por un lado, porque sitúa en la autonomía de la voluntad el punto de partida de la consideración del Derecho de sociedades (art. 1255 CC) frente a una aproximación orientada por un sentido institucionalizador de ordenación que, en mayor o menor medida, se impone a aquella. Esta decisión no deja de tener consecuencias para la función que el entero sistema ha de desempeñar normativamente: debería contener las cláusulas que normalmente serían acordadas por las partes si los costes de la contratación fueran lo suficientemente bajos (Easterbrook, Fischel). Por otro lado, porque ofrece herramientas para tratar las cuestiones relacionadas con la existencia y el cumplimiento del contrato de sociedad como problemas contractuales. Estos desarrollos han sido particularmente perceptibles en relación con la consideración de la posición de socio para abordar su transmisión, separación o exclusión, pero también sus deberes (art. 1258 CC).

El contrato de sociedad como base del estatuto propio del empresario social no puede ocultar tampoco su relación con el derecho de propiedad, en diferentes sentidos. Con diverso grado de intensidad se vincula al contrato de sociedad, especialmente mediante el reconocimiento de su personalidad jurídica, la existencia de un patrimonio dotado de autonomía. Aunque la existencia de un patrimonio separado no puede considerarse hoy como un rasgo caracterizador del contrato de sociedad, no es dudoso que la constitución de una sociedad permite en nuestro ordenamiento la delimitación de una esfera patrimonial separada en relación con el patrimonio que es propio de los socios. Como persona jurídica, la sociedad puede ser titular de un patrimonio. Si el derecho de propiedad se proyecta a la empresa como patrimonio organizado (Alfaro, Paz-Ares), la sociedad constituye una forma de organizar la propiedad que convive en el ordenamiento jurídico con otras, como la comunidad de bienes (Galgano). Esta es una circunstancia de particular significado tanto en el ámbito de las relaciones externas como internas de la sociedad, como sucede con el tratamiento de cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil patrimonial de la sociedad y de los socios frente a terceros (art. 1911 CC, arts. 174, 237 CCom), o con el régimen por el que se rigen los actos de disposición sobre el patrimonio de la sociedad (arts. 135, 139, 218.1 CCom, art. 160 f) TRLSC], y tiene especial relevancia en el escenario concursal. En el concurso de la sociedad la masa activa está constituida por el conjunto de bienes y derechos integrados en su patrimonio, y por los que se reintegren o adquiera hasta la conclusión del procedimiento (art. 192.1 TRLC).

El patrimonio de la sociedad puede ser alterado como un conjunto o en relación con las partes que lo integran como resulta del régimen de modificaciones estructurales (Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, LME), y también puede ser objeto de negocios jurídicos, como la compraventa, con sus diversas modalidades, según el caso (compra de activos o compra de participaciones). En un sentido amplio las operaciones que afectan a la titularidad del patrimonio pueden tenerse como operaciones de reestructuración empresarial (Alfaro) y se explican por diversas razones entre las que se encuentra las de facilitar la continuación de su actividad en situaciones de crisis o dificultad económica. En la medida en que la condición de socio, como derecho subjetivo de participación, en cualquier clase de sociedad, tiene un valor patrimonial puede ser también objeto autónomo de negocios jurídicos (Paz-Ares, Perdices), mediante la transmisión y constitución de derechos reales. Tanto en la formas más básicas de sociedad, como en las más complejas, la participación representa un interés patrimonial que integra el patrimonio de su titular y en relación con el que puede disponer. El modelo legal refleja una voluntad presunta en relación con esta capacidad según la forma de sociedad (Perdices). La medida en que ese interés patrimonial puede configurarse tiene una gran importancia práctica, especialmente en los supuestos de transmisión forzosa (recientemente RDGSJFP, 17 de mayo de 2021), sin que sea menor su relevancia causal. No es dudoso, por otro lado, que los derechos económicos del socio en la sociedad apuntan a su derecho de propiedad, con más intensidad cuanto menor es para el tipo de sociedad su relevancia personal, como sucede característicamente con el accionista-inversor en la sociedad anónima cotizada (Alfaro, Paz-Ares). No puede sorprender que en el tratamiento de la inversión como propiedad esté una de las claves del éxito de la corporación norteamericana (Clark).

Una última consideración resulta oportuna. La condición de empresario, como resulta de los diversos conceptos que ha manejado la doctrina, por su neutralidad desde el punto de vista de su caracterización como sujeto atendida la vocación de generalidad que las orienta, no se agota con la referencia a la persona natural o al empresario social. Desde este punto de vista la clase constituida por el empresario social no absorbe una fenomenología que es mucho más compleja. Otras personas jurídicas pueden asumir la condición de empresario, como puede suceder, por ejemplo, con una fundación o una asociación, si realizan una actividad en el mercado que permite afirmar esta condición para el cumplimiento de sus fines (art. 24 LF, art. 13, Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación). No está de más recordar que para el Derecho de Defensa de la Competencia, “a los efectos de lo previsto en la ley” y adoptando una perspectiva subjetiva, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (Disp. Ad. 4ª, Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia).

**2.-El contrato de sociedad**

Se ha de partir, en consecuencia, de la existencia de un único concepto de sociedad en el ordenamiento jurídico español llamado a cumplir diversas funciones, en la que no es menor su doble cometido de separación y unificación de una realidad relacionada con el ejercicio colectivo de una actividad económica. Desde el punto de vista metodológico sigue siendo relevante, como revela con gran frecuencia la práctica, la pregunta sobre los hechos a los que el ordenamiento jurídico atribuye los efectos propios de una sociedad y, como se ha de ver, de una sociedad mercantil: aquí reside ciertamente un aspecto fundamental del análisis propio del Derecho de sociedades.

La determinación de este concepto no ha estado exenta de controversia, en torno a la identificación de los elementos que han de considerarse indispensables para afirmar la existencia de una sociedad, una vez advertida la importancia de contar con un concepto general que no se agota en su formulación legal (arts. 1665 y 116 CCom). Como contrato que permite la asociación de dos o más personas para el desarrollo de una actividad, ha resultado menos controvertida la consideración de su dimensión organizativa, que la identificación de su causa, con efectos para el conjunto del sistema. Si la causa hace referencia a la finalidad que las partes persiguen al contratar, no ha resultado pacífico entonces determinar el valor que ha de atribuirse con esta finalidad ordenadora al ánimo de lucro. A la definición más clásica de la sociedad entendida como “*asociación voluntaria de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual, participando en el reparto de las ganancias que obtengan*” (Uría) se contrapone una concepción más amplia hacia la que se tiende para comprender “*cualquier asociación voluntaria dirigida a la consecución de una finalidad común mediante la contribución de todos sus miembros*” (Paz-Ares), o “*una asociación de personas que, mediante la constitución de un tipo o clase de organización prevista por la ley, pretende conseguir un interés particular para sus socios*” (Sánchez Calero), entendiendo el Derecho de sociedades, en consecuencia, como “*Derecho de las agrupaciones privadas de personas constituidas negocialmente para la consecución de un fin común y determinado*” (De Ezaguirre).

(i)*La sociedad es un contrato*. La base negocial es un rasgo definidor de la sociedad frente a otras formas de actuación colectiva, como las ofrecidas por una corporación pública, una fundación, o una comunidad hereditaria. Por tanto, la sociedad como contrato requiere que exista un consentimiento para obligarse, un objeto cierto, y una causa (art. 1261 CC) y, como contrato, está fundamentalmente construido sobre la libertad de los contratantes, que es fuente de obligaciones para ellos [art. 1255 CC, SAP de Asturias de 29 de marzo de 2000 (rec. 411/1999), SAP Granada de 23 de febrero de 2007 (rec.764/2006)] y exige, como no conviene perder de vista, su actuación conjunta (art. 1256 CC). Quienes fundan y forman parte de una sociedad son, de este modo, partes de una relación contractual. La sociedad expresa, en efecto, la voluntad de constituir este tipo de relación jurídica por quienes lo otorgan, con los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente. Aun en las formas más complejas del contrato de sociedad, como sucede con las sociedades mercantiles de capital, es perceptible esta proyección de la autonomía de la voluntad de los contratantes en la determinación del contenido jurídico obligacional y estatutario propio (art. 28 TRLSC).

Como contrato, el contrato de sociedad ha de tenerse como acto y como norma y, al igual que sucede con otras relaciones contractuales, presenta dos momentos estructuralmente relevantes relacionados con su formación y su cumplimiento. De las diversas consecuencias de esta caracterización interesa señalar que la disolución del vínculo jurídico societario, cualquiera que sea su causa y modo de operar, no pone fin al contrato de sociedad como regla jurídica (arts. 219, 224, 227 CCom, arts. 347.1, 351, 353.1, 371.3 TRLSC). Este carácter negocial se predica también de los estatutos, como parte de la escritura de constitución en las sociedades mercantiles de capital (arts. 22.1 d) y 23 TRLSC); la posibilidad de disponer diversamente mediante las correspondientes reglas estatutarias ha de verse como un espacio reconocido a la voluntad negocial de los socios (como se expresa reiteradamente, cfr. por ejemplo, arts. 11.2, 24.1, 25, 88.2, 95.2, 107.1, 161, 175, 191, 216, 249.1, 272.3, 348 bis.1, 376.1, 378, 392, 406.1, o 527 quinquies.1 TRLSC). No impide esta caracterización que los estatutos una vez creados constituyan una regla destinada a ordenar la vida de la sociedad y a vincular a los socios en el futuro, con otras implicaciones (Schmidt). Esta dimensión expresa en realidad una regla más básica, fácilmente generalizable: el contrato no tiene solo un claro sentido fundacional, sino que alcanza a la vida futura de la sociedad que se ha creado. El cumplimiento de los estatutos ha de tenerse en este sentido como cumplimiento del contrato de sociedad.

El contrato de sociedad puede clasificarse atendiendo a diversos criterios. Según su carácter, del modo que se ha advertido, puede ser civil o mercantil, y hace relevante, como sucede con otras relaciones contractuales, la necesidad de precisar las circunstancias que permiten afirmar su mercantilidad (art. 116 CCom), aspecto que será tratado con posterioridad. Por sus efectos, en la medida en que no tiene únicamente una eficacia obligatoria se ha considerado como un contrato de organización (De Eizaguirre, o Schmidt). Atendiendo a sus partes es un contrato plurilateral, en el sentido de que por el contrato se obligan dos o más personas y, aunque esté formada inicialmente por dos personas, pueden adherirse más personas. Esta caracterización no ha impedido el reconocimiento de la sociedad unipersonal en el ámbito de las sociedades mercantiles de capital, también de forma originaria (art. 12 TRLSC). Generalmente se acepta que, aun existiendo una pluralidad de partes, no se trata de un contrato sinalagmático; las prestaciones no están recíprocamente vinculadas, ni se prestan unas en función de otras. Es un contrato consensual, en el sentido de que se perfecciona por el consentimiento. El otorgamiento de escritura pública es un requisito para la regular constitución de la sociedades mercantiles, que pueden existir antes de su otorgamiento y aunque no se otorgue (art. 119 CCom). Las sociedades mercantiles de capital no pueden existir como tales sin el otorgamiento de una escritura pública (art. 20 TRLSC).

De su caracterización como contrato se siguen diversas implicaciones que tienen relevancia para la práctica, en relación con las que conviene destacar ahora dos aspectos. Por un lado, en relación con las reglas que han de orientar su interpretación. No es infrecuente que se planteen dudas sobre el sentido de previsiones contenidas en la escritura o en los estatutos de la sociedad, con implicaciones ciertas sobre la posición jurídica de los socios y el funcionamiento de la sociedad. Las estipulaciones de la escritura de constitución y de los estatutos han de interpretarse como reglas contractuales. Prevalece la consideración de que, precisamente por su particular naturaleza, la interpretación de los estatutos ha de estar orientada por un criterio objetivo (art. 1282 CC, SAP de Madrid 21.4.2017, ECLI:ES:APM:2017:5576). Resulta en todo caso oportuno atender a la particular configuración de la previsión estatutaria para proceder a su interpretación, de manera que en relación con aquellas previsiones de carácter corporativo (previsiones estatutarias en sentido material) sea preferible el recurso a aquel criterio (Schmidt, Alfaro). Las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad y la estabilidad de la base asociativa apuntan hacia el carácter formal de las reglas estatutarias y hacia una consideración más amplia de los criterios de interpretación. La conducta de los socios puede considerarse en la interpretación de los estatutos y tiene relevancia para su aplicación (Alfaro), como se ha demostrado en relación con los pactos parasociales estipulados (STS 103/2016, 25 de febrero), o con las sociedades profesionales [haciendo referencia a la “conducta interpretativa” (art. 1282 CC), RDGRN 28.1.2009].

Por otro lado, porque también aquí la autonomía de la voluntad tiene límites (art. 1255 CC), que en el caso del Derecho de sociedades están además particularmente determinados por las reglas imperativas y los principios que, como se ha de ver, ordenan la configuración de las diversas formas de sociedad (art. 28 TRLSC). El control de esta adecuación se articula mediante la correspondiente calificación registral al proceder a la inscripción en el Registro mercantil de la escritura de constitución y, en su caso, según el tipo de sociedad, de los estatutos. Mediante la calificación se efectúa un control de contenido sobre la validez de los diversos pactos y condiciones establecidos en la escritura y, en su caso, en los estatutos (art. 18.2 CCom, art. 6 RRM), que puede ser judicialmente revisado (Disposición Adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria). En el caso de que el empresario social no se hubiera inscrito en el Registro mercantil, el control de contenido del contrato de sociedad corresponderá a los jueces de lo mercantil [art. 86 ter 2 a) Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial].

(ii)*Hacia la comprensión de la causa de la sociedad como fin común de quienes contratan*. La evolución que se puede advertir en la interpretación de la causa de la sociedad, aunque estaba implícita en planteamientos más clásicos la consideración de que “lo esencial en este contrato es la comunidad de fin” (Garrigues), y era perceptible en el modo en que se había venido abordando el ánimo de lucro, para interpretarlo en un sentido amplio (De la Cámara) es deudora de su propia relativización como criterio de ordenación de la fenomenología asociativa. Esta es una circunstancia en buena medida determinada por la dificultad práctica de precisar los contornos de esta delimitación, y de la mayor relevancia otorgada a las reglas de carácter organizativo que también resultan del contrato de sociedad. Escribió ya el profesor Girón Tena: “En el plano de los conceptos lo que interesa es que la figura que llamamos Asociación es, básicamente modalidad de organización y, como tal, independiente de la índole material del fin”.

Esta evolución se produce en el marco de lo que en la doctrina se ha calificado como “neutralización de los contratos asociativos” (Marasa) o “neutralidad funcional” deudora del papel atribuido al contrato de sociedad en relación con diversas modalidades de operación societaria (Fernández de la Gándara) y no ha sido ajena a otros desarrollos, relacionados con la importancia de la base negocial, de la organización para la consecución de unos fines, o aun de su relación con la empresa. El régimen que se veía como excepcional en relación con la tradicional configuración de la finalidad lucrativa de la sociedad comienza a percibirse como expresión de una regla general.

Una lectura radical de la base negocial de la sociedad ha llevado a relativizar la importancia de su finalidad (Easterbrook, Fischel). La relevancia organizativa se advierte en el temprano reconocimiento de la mercantilidad de una sociedad por la forma y, por tanto, con independencia del objeto, o en la más reciente ordenación de lo que se ha dado en denominar “Economía social” partiendo de una finalidad de interés general que puede alcanzarse por diversas entidades que la integran, entre las que se identifican formas societarias, como las sociedades cooperativas, las sociedades laborales y las sociedades agrarias de transformación (art. 5.1 Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social). Otros desarrollos en este y otros ámbitos apuntan a esta relevancia, basta pensar, por ejemplo, en la posible constitución de sociedades mercantiles de capital para la explotación sin ánimo de lucro de un centro especial de empleo protegido (Fernández del Pozo, art. 43.4 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre). La consideración de intereses diversos de los particulares de los socios en la actuación de la sociedad, como se ha evidenciado en relación con los desarrollos que se han producido en el ámbito de la responsabilidad social corporativa, también ha influido en esta evolución, con diferente intensidad según el tipo de sociedad y que, en el caso de la sociedades cotizadas, se añadiría a la creación de valor (art. 529 ter LSC, principio 24, recomendación 55, *Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, CNMV, 2020, art. 49 CCom).

No es un proceso que haya sido desconocido en una perspectiva comparada. Puede verse el expreso reconocimiento que recibió en el ordenamiento jurídico italiano la sociedad con objeto consorcial (art. 2615 ter CCivile), con implicaciones ciertas para el tratamiento de la causa del contrato en la doctrina italiana (Buonocore), y la aceptación de que pueda darse la calificación de “*impresa sociale*” para el desarrollo de una actividad de empresa de interés general y sin ánimo de lucro a cualquiera de las sociedades reconocidas en el capítulo V del *Codice Civile* (art.1 Decreto legislativo 3 de julio de 2017, n. 112), el régimen de la “*société a mission*” del ordenamiento jurídico francés (art. L210-10 *Code de Commerce*), o la regulación de la “*community interest company*” en el ordenamiento jurídico inglés [Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004]. En último término, puede repararse en que el desarrollo de una actividad empresarial no exigiría necesariamente por sí misma la existencia de ánimo de lucro en quienes la promueven (Galgano).

No puede decirse, sin embargo, que no existan planteamientos críticos en relación con estos desarrollos, con distinto alcance. La importancia del ánimo de lucro como criterio delimitador entre la sociedad y la asociación se sigue esgrimiendo como fundamental para la adecuada comprensión del fenómeno asociativo en nuestro ordenamiento. Escribe el profesor Vicent Chuliá: “(E)l concepto técnico jurídico de ánimo de lucro es necesario para comprender el contrato de sociedad y las normas que lo regulan, destinadas a resolver los conflictos de intereses entre los socios y con los administradores”. Por otro lado, la funcionalización del contrato que puede representar esta particular evolución no ha pasado desapercibida en unos términos que no son diversos a los que se pueden apreciar en relación con cualesquiera otras relaciones contractuales.

En la jurisprudencia es constante la referencia al ánimo de lucro como elemento característico del contrato de sociedad, de manera particular cuando ha tenido que identificarse su existencia a partir de un determinado supuesto de hecho para determinar el régimen aplicable [por ejemplo, entre otras, SSTS de 23 de diciembre de 2013, [(ECLI:ES:TS:2013:6502), 23 de febrero de 2009, (ECLI:ES:TS:2021:2703), 21 de marzo de 1998, rec. 3393/1994, 21 de junio de 1983] y en aspectos concretos del régimen jurídico, como el relacionado con el derecho del socio al dividendo (STS de 7 de diciembre de 2011, (ECLI:ES:TS:2011:9284)], o el derecho del socio a la cuota de liquidación (STS 29.11.2007, rec. 4612/2000). La evolución descrita se observa, en cambio, en la interpretación que ha realizado la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, desde un planteamiento que reconoce que el fin último de la sociedad es la obtención de un lucro o ganancia, elevándolo a la “misma esencia” del contrato societario (en relación con una sociedad anónima, RDGRN de 2 de febrero de 1966, BOE de 18 de febrero de 1966), hacia la consideración de que la los tipos de sociedad anónima o limitada son adoptados como “simples técnicas organizativas”, con una aproximación tímidamente flexibilizadora (RDGRN 11 de abril de 2006, RJ 2016/2990) que ha sido seguida recientemente, de manera más abierta, al menos, y no sin una cierta contradicción valorativa, por lo que se refiere al ánimo de lucro en sentido subjetivo, “*dada la indudable existencia de sociedades de capital que, en la realidad y según la legislación especial, carecen de base empresarial y ánimo de lucro en sentido estricto, no cabe desconocer las opiniones doctrinales que niegan o interpretan muy flexiblemente la finalidad lucrativa como elemento caracterizador de las sociedades de capital, por considerar que prevalece el elemento estructural u organizativo del concreto tipo social adoptado y no el fin perseguido. Desde esta perspectiva,* (y este es el importante paso que se da en relación con una argumentación anterior) *el ánimo de lucro sería un elemento natural, usual, pero no esencial, a diferencia del fin común que siempre ha de existir*” (DGRN 17 de diciembre de 2020, BOE núm. 8, de 8 de enero de 2021).

Es previsible una evolución en este último sentido a poco que se repare en el criterio utilizado por la PALMCER para definir las sociedades mercantiles por su objeto y a la generalización que se propone, como se ha de ver, de la mercantilidad por la forma [art. 211-1.1]. Cuestión diversa y que no puede ser desconocida es la implicación que esta evolución ha de tener sobre otros elementos del régimen jurídico societario, especialmente, para el tratamiento de la posición del socio en la sociedad y para la actividad de administración, que habrán de ser revisados a partir de estos desarrollos (Fernández del Pozo).

Conviene tener en cuenta que el fin común es necesario para la existencia de una sociedad y tiene también relevancia interna (Schmidt), en la medida en que da sentido a los deberes de colaboración que resultan del contrato y evita su modificación arbitraria, constituyendo, en línea de principio, un límite a la decisión por mayoría; debería de aceptarse, en consecuencia, una cláusula estatutaria que requiriera la unanimidad para la modificación del fin entendido en este último sentido, aunque no es una cuestión pacífica (Fernández del Pozo). Por otro lado, el fin común tiene también efectos en el plano organizativo toda vez que permite el recurso al acuerdo mayoritario para el desarrollo de la actividad de la sociedad (Girón Tena) y ofrece un criterio para ponderar su adecuación (art. 204. 1 TRLSC). No es indispensable, con todo, que el fin común sea duradero, por lo que la actividad ocasional puede desarrollarse en forma de sociedad (Girón Tena). El fin común debe diferenciarse del objeto de la sociedad si, en una de sus acepciones, se entiende como la actividad o conjunto de actividades que los socios acuerdan como propias de la sociedad y que se puede modificar siguiendo las correspondientes reglas contractuales o estatutarias, aunque en este sentido estén relacionados: se ha hablado, de este modo, de fin abstracto y de fin próximo de la sociedad (Paz-Ares). El objeto es una mención necesaria de los estatutos de las sociedades mercantiles de capital [art. 23 b) TRLSC] o de un agrupación de interés económico (art. 8.5ª LAIE) y ha de ser identificado en la escritura de constitución de otras sociedades mercantiles (arts. 125 y 136 CCom, art. 209.4ª RRM). El objeto no restringe la capacidad jurídica y de obrar de la sociedad pero puede tener relevancia para su existencia, al tenerse en cuenta las vicisitudes que le afectan y que han de ser constatadas en el tratamiento de las causas de disolución [art. 221.1ª CCom, art. 363.1 b), c) y d) TRLSC].

(iii)*La contribución de los socios*. Este es un elemento característico del contrato de sociedad como contrato obligatorio, definido por la particular configuración de su causa. Por el contrato de sociedad los socios se obligan a “poner en fondo común bienes, industria, o alguna de estas cosas” (art. 116 CCom), o “en común, dinero bienes o industria” (art. 1665 CC). Como se ha destacado, la puesta en común apunta hacia la colaboración que, en un sentido amplio, ordena el haz de derechos y obligaciones que resultan del contrato en relación con la finalidad común que le es propia y expresa, en una perspectiva histórica, los rasgos que todavía se mantienen en el contrato de sociedad derivados de la conexión de esta forma de asociación con la familia, como la lealtad, la *affectio societatis*, o la confianza recíproca (Petit). De este modo, y a partir de la solidaridad en la colaboración, la relación societaria se ha calificado como una relación de cooperación (Girón Tena). En un sentido más estricto, la aportación hace referencia al régimen por el que ha de regirse la contribución de medios que los socios realizan en cumplimiento del contrato de sociedad. Con esta contribución se modifica el régimen de disposición sobre los bienes a los que se refieren, que quedan funcionalmente vinculados a la realización del fin de la sociedad.

Ha sido tradicionalmente objeto de consideración desde el punto de vista del derecho aplicable la determinación de las reglas a las que se ha de acudir para dar respuesta a las diferentes cuestiones que se plantean, a partir de los modelos ofrecidos por la compraventa y el arrendamiento, y aun pueden advertirse previsiones específicas para determinar la regla aplicable a tal fin (art. 64 TRLSC). Las cuestiones más específicas se refieren fundamentalmente a aquello que puede constituir objeto de aportación, a partir de la delimitación fundamental entre obligaciones de dar y de hacer, y teniendo en cuenta que la mera aportación de industria (prestación de servicios) tiene una indudable relevancia delimitadora en un plano conceptual, al título en virtud del cual se puede realizar la aportación, con una aproximación flexible que permite la atribución por diversos títulos, para aceptar la aportación a título de uso.

La relación de este aspecto de la dimensión obligatoria del contrato con la forma en que se ejerce la actividad que constituye el objeto de la sociedad requiere de alguna precisión adicional. Si por ejercicio en común se entiende la efectiva realización por parte de los socios de la actividad que constituye su objeto, ha de concluirse que esta exigencia es propia de algunos tipos de sociedad, singularizándolos frente a otros supuestos, como sucede, por ejemplo, con la sociedad profesional, en que, como “comunidad de trabajo” (Paz-Ares) se requiere “el ejercicio en común de una actividad profesional”, tenido como prestación colectiva por los socios de los servicios profesionales (art. 1.1, Disp. Ad. 2ª, LSP). No resulta, sin embargo, exigible para su afirmación como contrato en esta concepción unitaria de la que se parte (Paz-Ares). La existencia de otros tipos de sociedades para la organización de la prestación de servicios profesionales en este mismo ámbito expresa bien esta diferencia, si se piensa en que pueden constituirse sociedades de medios que tienen por objeto compartir infraestructura y repartir los costes, o las sociedades de comunicación de ganancias.

Si, en cambio, en un sentido más amplio la actividad en común se desvincula de una forma particular de participación (Fernández de la Gándara), puede reconducirse entonces a la voluntad de los socios de ejercer colectivamente una actividad y, en consecuencia, de promoverla en común, con las correspondientes implicaciones por lo que se refiere a la gestión y al tipo de riesgo que se asume. No ha de haber dificultad, en consecuencia, para tenerla también como rasgo propio del contrato de sociedad. Esta voluntad de ejercicio colectivo de una actividad de tráfico, o voluntad de actividad, como también se ha calificado (Girón Tena, De la Cámara), dota a la sociedad de una característica que permite diferenciarla con precisión de otros fenómenos como el de la comunidad de bienes (recientemente, siguiendo una interpretación reiterada, haciendo referencia al dinamismo que está implícito en esta voluntad, en relación con las denominadas comunidades de bienes funcionales cfr. STS de 10 de diciembre de 2020, ECLI: ES:TS:2020:4070, o de 16 de septiembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2933).

**3.-El contexto constitucional del fenómeno asociativo: derecho de asociación, libertad de empresa y de establecimiento**

Esta caracterización del contrato de sociedad, fundamentalmente en lo que tiene de base negocial, y en su proyección hacia la organización de la actividad económica en el mercado, determina que su régimen jurídico no pueda entenderse con independencia de otros derechos relacionados con el modelos constitucional de ordenación económica (Constitución económica) en diferentes sentidos. Esta conexión refuerza, al mismo tiempo, el carácter gradual de los límites del sistema del derecho de sociedades y es reveladora de la complejidad de su entorno. Sin perjuicio de esas implicaciones, de tanta relevancia, por ejemplo, para el derecho de propiedad (art. 33 CE), o para la libre circulación (art. 19 CE), interesa detener ahora la atención en su relación con el derecho de asociación, la libertad de empresa, y la libertad de establecimiento, que comparten una decidida dimensión estructural, más general en el primer caso, por relacionarse con la particular configuración del Estado, y más específica en los dos últimos, por su marcada proyección hacia un modelo de ordenación económica.

Si se acepta que el derecho de asociación garantiza la libertad de unirse con otras personas de forma estable para la consecución de determinados fines (Gómez Montero), en sus facetas de libertad de creación de asociaciones, libertad de asociarse, libertad de organización y funcionamiento, y garantía de un conjunto de facultades de los asociados frente a las asociaciones (SSTC 133 y 135/2006, de 27 de abril), puede comprenderse sin dificultad, a partir de lo que ha quedado expuesto, su relación con el contrato de sociedad. La sociedad nace de la libre voluntad de los socios y podría, en última instancia, relacionarse con su libertad humana. Puede entenderse, de este modo, que para el Tribunal Constitucional: “El art. 22.2 CE reconoce el derecho de asociación sin referencia material alguna, de modo que este derecho se proyecta sobre la totalidad del fenómeno asociativo en sus muchas manifestaciones y modalidades” (STC 5/1996, de 16 de enero), con un planteamiento acogido por el Tribunal Supremo [STS 23 de febrero de 2009, (ECLI:ES:TS:2009:84)], y que la doctrina no haya encontrado dificultad para dar cobertura a los diversos fenómenos asociativos de derecho privado; el derecho a asociarse es desde el punto de vista de la finalidad neutral (Cabanas), aunque no haya sido siempre una cuestión pacífica.

La relevancia práctica de esta relación está limitada, no obstante, por la existencia de una cierta prevención sobre su alcance, como resulta de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2002, de 17 de marzo (y artículo 1.4) en cuanto se reconoce una proyección “tangencial” de este régimen en relación con los derechos que no tengan carácter patrimonial para entidades que pueden agruparse en torno al concepto amplio de sociedad, y que había sido anticipada por el propio Tribunal Constitucional (STC 23/1987, de 23 de febrero: “es necesario plantear en cada supuesto si el derecho de que se trata y que se entiende efectivamente lesionado es efectivamente de naturaleza asociativa”). Conviene no perder de vista que, aun en el ámbito de la discusión competencial, el propio tribunal ha considerado que la exclusión de una finalidad lucrativa es una “condición básica” de ejercicio del derecho fundamental de asociación, que trata de proteger “las características esenciales del negocio jurídico del que trae causa la aportación de bienes a la asociación” (STCO 135/2006, de 27 de abril). En otro plano, esta restricción ha permitido reconocer el ámbito en que puede aceptarse la regulación ordinaria del ejercicio del derecho en relación con las sociedades mercantiles. No parece dudoso, con todo, que la evolución señalada en relación con la interpretación del fin del contrato de sociedad puede hacer más relevante la proyección del derecho de asociación hacia las relaciones jurídico societarias, con diversas implicaciones.

Debe tenerse en cuenta que el derecho de asociación puede interferir en la relación del empresario social con los socios, según el ámbito en que se reconozca la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y, de forma singular, como pretensión de parte frente al propio empresario (*Drittwirkung*) (Ferrer, Salvador) (STCO 42/2011, de 11 de abril). Que la autonomía de las asociaciones para establecer su propia organización forme parte del núcleo del derecho fundamental de asociación (art. 22 CE) no ha impedido reconocer una zona de control de su actuación, bien que limitada por diversos criterios, como revela, por ejemplo, y por lo que se refiere al empresario social, la jurisprudencia sobre la expulsión de socios de una cooperativa [cfr. STS núm. 232/2009, de 6 de abril (recurso núm. 1928/2004), en relación con acuerdos de modificación del régimen disciplinario no inscritos]. No se ha considerado incompatible con el derecho de asociación desde el punto de vista del empresario social, como derecho de autoorganización, el control judicial de la expulsión de un socio de una cooperativa a partir de la existencia de un perjuicio económico (STC 96/1994, de 21 de marzo) o, con carácter más general, de la inexistencia de una base razonable, considerando el régimen estatutario y legal que pudiera fundar la exclusión. No puede olvidarse que desde el derecho de asociación se ha cuestionado la constitucionalidad de la regla que permite en determinadas circunstancias la cancelación de oficio de una sociedad profesional (Disp. Trans. 1ª LSP, Alfaro, Campins).

Esta conexión con el derecho de asociación plantea adicionalmente una cuestión estructural de relevancia para la ordenación del sistema, por la relación que existe entre el derecho de asociación y el régimen jurídico de las asociaciones, que no siempre se ha resuelto de la misma forma. Esta relación, por influencia del derecho alemán, en que un concepto amplio de sociedad incluye a la asociación (Schmidt), fue advertida como un aspecto de la relación del régimen de la sociedad anónima como empresario por la forma con el Derecho civil (Girón Tena), aproximando la sociedad a la asociación, y ha orientado el tratamiento posterior en un sentido más general. La construcción legal de un modelo de asociación corporativo, [las asociaciones se han de dotar de estatutos y cuentan con órganos de gobierno y representación (art. 5 Ley Orgánica 1/2002)], determina que su función ordenadora en el ámbito de los fenómenos asociativos haya sido limitada, y se proyecte en relación con las sociedades de carácter corporativo, dejando fuera de su alcance otros tipos de sociedad, en una interpretación ampliamente compartida en la doctrina (Paz-Ares, De Eizaguirre, Capilla).

Por otro lado, en la medida que el contrato de sociedad se presenta como una técnica ofrecida por el ordenamiento jurídico para organizar el ejercicio de la actividad económica en el mercado, es posible relacionarlo en un sentido más amplio con el modelo de ordenación económica del propio mercado y, particularmente, con la relevancia estructural de la iniciativa privada en esa ordenación (Rittner), sin desconocer que el contrato de sociedad puede también puede servir a la iniciativa pública. Conviene atender siquiera sea brevemente al modo en que el contrato de sociedad se relaciona con la libertad de empresa, que integra el modelo de constitución económica establecido en nuestro ordenamiento (art. 38 CE) y con la libertad de establecimiento, como expresión de la libertad de circulación de las personas (arts. 3.3 TUE y 26.2 TFUE) que define, a su vez, el modelo de ordenación económica para la realización del mercado interior comunitario.

No es difícil, en efecto, conectar el contrato de sociedad con la libertad de empresa si esta se presenta en su sentido constitucional (art. 38 CE) como expresión de la libertad de los individuos, al menos, en su dimensión de acceso, ejercicio y cese de una actividad económica en el mercado (Rojo). De las diversas formas en que es posible el ejercicio de la actividad económica en el mercado, entre las que naturalmente se encuentra el ejercicio individual, y también el recurso a la colaboración o el intercambio con otros individuos, los individuos pueden optar por asociarse para contribuir en común a su realización mediante el contrato de sociedad. Se ha afirmado de este modo la existencia de un concurso ideal entre la libertad de empresa y el derecho de asociación (Alfaro, Paz-Ares). El contrato de sociedad permite la integración vertical de la empresa y contribuye a fijar su perímetro, sin excluir otras relaciones contractuales, tanto internamente, como en las relaciones con terceros. No está de más recordar que con el fin de superar los límites de la visión neoclásica de la empresa, esta se ha presentado en la teoría económica como un nexo de relaciones contractuales establecidas a partir de unos contratos estandarizados ofrecidos por los diversos tipos societarios.

La libertad de establecimiento es una de las libertades sobre las que se afirma la construcción del mercado interior, como espacio sin fronteras, en la Unión Europea (arts. 3.3 TUE y 26.2 TFUE). La importancia del contrato de sociedad para su realización no ha pasado desapercibida, con otros efectos. Para la Comisión Europea “El Derecho de sociedades europeo es una de las piedras angulares del mercado interior, que facilita la libertad de establecimiento de las empresas y, al mismo, tiempo fomenta la transparencia, la seguridad jurídica y el control de sus operaciones” (Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. *Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo-un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas*, COM/2012/0740 final). La relación del contrato de sociedad con esta libertad se proyecta fundamentalmente en dos sentidos. En lo que ahora importa destacar, las sociedades constituidas conforme a la legislación de un Estado miembro se equiparan a las personas físicas nacionales de un Estado miembro por lo que se refiere a la capacidad para ser titulares de la libertad de establecimiento. Por otro lado, la libertad de establecimiento comprende según el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea la constitución de sociedades, tal y como se definen en el propio Tratado (art. 54.2), en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales. El acceso al estatuto de empresario social mediante el otorgamiento del contrato de sociedad mercantil está comprendido por tanto por el derecho de establecimiento reconocido, para proyectarse a su gestión (cfr. SSTJUE, 25 de octubre de 2017, *Polbud-Wykonawstwo, sp. z o.o.*, C-106/16, apartado 33, 5 de noviembre de 2002, *Uberseering,* C- 208/00, I-9443, apartado 56).

Este tratamiento tiene algunas implicaciones fundamentales para el sistema de Derecho de sociedades, tal y como se desprende del propio Tratado, y ofrece elementos adicionales de relación. Por un lado, porque explica la armonización del Derecho de sociedades para coordinar y hacer equivalentes las garantías exigidas a las sociedades para proteger a socios y terceros [art. 50.2 g)]. Esta armonización llevada a cabo fundamentalmente mediante la técnica de la Directiva, ha sido especialmente relevante en relación con el régimen de las sociedades mercantiles de capital, particularmente con el de la sociedad anónima, atendida la frecuencia con la que esta forma se ha utilizado para el desarrollo de la actividad económica y para su actuación transnacional [Considerando 2, Directiva (UE) 2017/1132, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades]. De forma particular, la libertad de establecimiento se ha fortalecido con la armonización largamente esperada del régimen de las “operaciones transfronterizas”, en relación con la que ya se habían dado algunos pasos significativos (fusión, escisión y transformación transfronteriza) [Directiva (UE) 2019/2121, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas]. También la armonización del régimen de uso de herramientas y procesos digitales por lo que se refiere a la constitución de sociedades e inscripción de sucursales se presenta estrechamente relacionado con el objetivo de facilitar la libertad de establecimiento en el mercado interior [Directiva (UE) 2019/1151]. Por otro lado, porque es compatible con la libertad de establecimiento la determinación por el derecho nacional de los criterios necesarios para la constitución de una sociedad y la determinación de la ley aplicable; la existencia de una sociedad es en relación con la libertad de establecimiento una cuestión previa que debe ser tratada de conformidad con el derecho nacional.

**4.-El contrato de sociedad y su mercantilidad**

El empresario social se presenta como un tipo de empresario mercantil. La aplicación al empresario social del estatuto del empresario mercantil está conectado con la consideración atribuida, en otro plano, al contrato de sociedad: el contrato de sociedad es un contrato regulado por el Código de Comercio y, en relación con el cual, y como sucede con otras relaciones contractuales, se dan unos criterios particulares de mercantilidad (art. 2). El estatuto del comerciante colectivo se fundamenta en la mercantilidad de la sociedad; la sociedad puede tenerse como un comerciante colectivo en la misma medida en que puede tenerse como una sociedad mercantil. La cuestión sobre la mercantilidad de la sociedad, y la contraposición en consecuencia entre la sociedad mercantil y la sociedad civil, refleja la especialidad que presenta la materia mercantil en el ordenamiento jurídico privado, aunque añada poco en una perspectiva estrictamente societaria (Garrigues, o Schmidt).

El Código de Comercio al establecer el criterio de mercantilidad del contrato de compañía, que define, establece que “será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código” (art. 116 CCom). Se adopta en el Código de Comercio un criterio aparentemente formal, la constitución con arreglo a las disposiciones del Código, entre las que se ha de incluir la elección de una forma social, que no ha impedido, sin embargo, y como se ha indicado, apreciar la vinculación en el modelo legal entre este criterio y la realidad material a la que se proyecta, o entre lo que se ha tenido como mercantilidad objetiva (la forma jurídico societaria) y mercantilidad subjetiva (la actividad), afirmando su carácter complementario (Paz-Ares). Si la forma sigue a la actividad ha de convenirse en el carácter decisivo que le corresponde a esta última para determinar la mercantilidad de la sociedad. Esta ha sido la interpretación seguida de forma constante por la jurisprudencia: “...de manera que serán mercantiles las sociedades constituidas para la realización de actos de comercio (‘ejercicio de comercio’) y civiles cuando no concurra tal circunstancia. Por ello no cabe considerar civil a la sociedad cuando su dedicación es una actividad comercial” (recientemente puede verse la STS 10 de diciembre de 2020, ECLI: ES:TS:2020:4070, también, por ejemplo, STS de10 de noviembre de 2006, ECLI:ES:TS:2006:6961).

La importancia de esta proyección y de su relevancia delimitadora se aprecia especialmente en la calificación del carácter de la sociedad si no ha tenido lugar una constitución regular de conformidad con lo dispuesto en el Código de comercio, o si la forma ha sido deliberadamente calificada por quienes contratan de civil. La ausencia de estas formalidades, o la específica previsión contractual en el apuntado sentido, no han impedido apreciar la mercantilidad en este caso, una vez afirmada la existencia de una sociedad, y frente a su carácter civil; la condición de empresario social no depende, en consecuencia, de la calificación que le atribuyan quienes contratan; el contrato de sociedad no se separa en este punto de otras relaciones contractuales. A la actividad mercantil desarrollada como sociedad, con las mismas dificultades que plantea su delimitación en relación con el empresario mercantil individual, le corresponde necesariamente la mercantilidad del contrato, con los efectos que le son propios. Esta ha sido particularmente la aproximación que se puede apreciar en diferentes supuestos referidos a comunidades de bienes que realizan una actividad mercantil, una vez se han podido identificar las características de una sociedad (como puede verse, por ejemplo, en relación con la transformación de productos agrícolas, STS 10 de diciembre de 2020, ECLI: ES:TS:2020:4070, o con la explotación de energía solar, STS de 16 de septiembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2933, y se propone para el tratamiento de la comunidad como sociedad no inscrita en la PALCMER art. 233-13).

Esta relevancia delimitadora de la actividad desarrollada por la sociedad mercantil, obliga a diferenciar para proceder a esta calificación los distintos planos configurados por la sociedad (forma) y la empresa (actividad), en la medida en que pueden no ser coincidentes. Este es precisamente el modo en que, con carácter general, parece más adecuado interpretar (Paz-Ares) la referencia contenida en el Código civil de que las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de comercio (art. 1670 CC). En lo que ahora nos interesa, y aunque no es una cuestión completamente pacífica, estas sociedades, aunque formalmente sociedades mercantiles, no podrán tenerse como empresarios sociales.

Con todo, que el acceso a la condición de empresario social se haga depender de las notas propias del ejercicio de la actividad por el empresario individual resulta complejo en algunos supuestos y evidencia, en un plano valorativo, los límites de esta aproximación. El ejercicio ocasional (para un solo negocio, Girón Tena) de una actividad mercantil por una sociedad que no es mercantil por la forma no ha hecho seguro el régimen aplicable. La discusión de la doctrina italiana, aun en un marco normativo diverso, expresa bien estas dificultades. En nuestro ordenamiento la doctrina no es pacífica al determinar si la falta de la nota de habitualidad requerida para adquirir la condición de empresario mercantil impediría su calificación como sociedad colectiva, por la falta de acuerdo sobre la relevancia que la permanencia en la actividad puede tener para esta calificación y, en consecuencia, sobre su tipicidad. También por lo que se refiere a las sociedades profesionales se plantea un problema parecido. Basta pensar en la relación que puede establecerse entre la actividad mercantil y el ejercicio de profesiones liberales, tradicionalmente excluidas, como es sabido, de aquella caracterización, si esta actividad es desarrollada por sociedades que no son mercantiles por la forma, y sin que pueda dudarse de su propia configuración como sociedades (art. 1.1 Ley 2/2007, de 15 de marzo de sociedades profesionales). ¿Podría decirse en estos supuestos, y en otros similares, que quien elige una sociedad mercantil para el desarrollo de una actividad económica en el tráfico actúa como un empresario colectivo (Galgano)? La evolución que se proyecta del ordenamiento hacia la mercantilidad de las sociedades por la forma parece dar la razón a quienes han visto en la dimensión organizativa del contrato de sociedad la expresión del valor que la habitualidad o profesionalidad tratan de preservar en relación con el empresario individual.

Debe tenerse en cuenta que el carácter civil de la actividad no impide asumir la condición de empresario social en los casos en que la mercantilidad, y la condición de empresario mercantil, se ha reconocido expresamente por la forma (“comerciante por razón de la forma”): este es el caso de las sociedades de capital (art. 2 TRLSC, cfr. STS de 20 de enero de 2020, ECLI:ES:TS:2020:31), la agrupación de interés económico (art. 1 LAIE), o las sociedades de garantía recíproca (art. 4 LSGR). La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Código mercantil, siguiendo otros modelos (art. L210-1 *Code de Commerce*), generaliza esta técnica, para afirmar el carácter mercantil de la sociedad y, por tanto, su condición de empresario mercantil, “cualquiera que sea su objeto” de las sociedades colectivas, comanditaria simple, sociedades anónimas, limitadas, comanditaria por acciones, cooperativa, la sociedad mutua de seguros, de garantía recíproca, mutualidad de previsión social, y las uniones temporales de empresas (art. 211-1). La consecuencia de esta evolución para la propia caracterización del estatuto del comerciante ya fue advertida en la doctrina (Girón Tena).

No faltan, por lo demás, ejemplos reveladores de una tendencia de expansión de las formas mercantiles fundada en su mayor adecuación de para la organización y desarrollo de una actividad económica, como tempranamente se advirtió en relación con la propia regulación de la sociedad civil (Capilla) o la denominada fundación-empresa y puede verse, más recientemente, en relación con las disposiciones generales dadas para las personas jurídicas, fundaciones y asociaciones, en el Libro Tercero del Código Civil de Cataluña (Ley 4/2008, de 24 de abril). Esta influencia es también perceptible en los trabajos que se han desarrollado para dotar de un nuevo régimen a la sociedad agraria de transformación, hasta ahora considerada como un tipo de sociedad civil (art. 1, Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto) (*Propuesta de la Ponencia para la elaboración del borrador de Anteproyecto de Ley de sociedades agrarias de transformación* (2018), Comisión General de Codificación, Sección Segunda, de Derecho mercantil).

**5.-El empresario social y la personalidad jurídica**

Existe un amplio consenso sobre la función que el reconocimiento de personalidad jurídica cumple en el ordenamiento como técnica jurídica. Las implicaciones de este reconocimiento son importantes para el tráfico económico, en cuanto permiten la identificación de un mecanismo de imputación de las diversas relaciones jurídicas establecidas con la sociedad (Paz-Ares). Se ha dicho que esta es la mayor contribución del Derecho de sociedades entendido como *Corporate Law* (Armour, Hasmann, Kraakman, Pargendler) o, al menos, una de las más significativas (Clark). En el derecho continental es el resultado de un proceso histórico complejo. Aun en este sentido, la personalidad jurídica no es una característica propia del contrato de sociedad. Como se demuestra en una perspectiva comparada, tampoco hay una relación necesaria entre la condición de empresario social y el reconocimiento de la personalidad jurídica. En ocasiones, el reconocimiento del atributo de la personalidad jurídica ha sido objeto de una viva controversia, como revela, por ejemplo, la discusión sobre la *partnership* en el ordenamiento jurídico anglo-norteamericano, o sobre la subjetividad jurídica en el ordenamiento jurídico italiano. En el ordenamiento jurídico español, ha de partirse de que el empresario social tiene personalidad jurídica y, de forma consecuente, la tiene cualquiera que sea su clase o forma, revelando, al mismo tiempo, su neutralidad para la particular configuración organizativa.

Una vez constituida, la compañía mercantil tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos (art. 116 CCom). La personalidad jurídica es un rasgo que identifica con carácter general al empresario social frente a la sociedad civil, toda vez que la sociedad civil puede no tenerla como sociedad interna (art. 1669 CC). Si la sociedad mercantil puede tenerse como sociedad interna es una cuestión estrechamente relacionada con las dudas que ha planteado la calificación del contrato de cuentas en participación (art. 239-243 CCom); aunque no ha faltado esta interpretación en la doctrina en relación con el contrato de cuentas en participación para tenerla como un supuesto de sociedad mercantil interna (Girón Tena, Paz-Ares, De Eizaguirre), para el Tribunal Supremo la falta de personalidad jurídica (y de un patrimonio común) impediría que el contrato de cuentas en participación pudiera ser tenido como sociedad mercantil [SSTS de 29 de mayo de 2014, (rec. 1307/2012), de 5 de febrero de 1998 (rec. 1663/1995), de 4 de diciembre de 1992 (rec. 2254/1991)]. En la PALCMER las sociedades mercantiles tienen personalidad jurídica, reconociéndola expresamente a las uniones temporales de empresas [art. 211-1 y 211-3] y, siguiendo el criterio jurisprudencial, el contrato de participación aparece regulado entre los contratos mercantiles, sin crear una personalidad jurídica diversa ni un patrimonio común [art. 546-1]. Por otro lado, el reconocimiento de una sociedad interna ha permitido fundar la proyección del régimen de la sociedad civil para otros supuestos en que todavía no se reconoce la personalidad jurídica como, por ejemplo, las uniones temporales de empresas.

La personalidad jurídica sigue a la constitución de la sociedad y se predica de la sociedad como contrato y no de la empresa como sujeto. De este modo, un grupo de sociedades, aun siendo una misma empresa en sentido económico, con implicaciones ciertas en diversos sentidos, especialmente en relación con el Derecho de la Competencia, puede estar formado por diversas sociedades y personas jurídicas. Cuestión diferente, naturalmente, y como se ha revelado en ese ámbito, es la determinación de las condiciones en que la actuación de la empresa en el mercado puede ser atribuida a la sociedad o sociedades que la integran como personas jurídicas singulares (en este sentido, en relación con la imputación a una sociedad filial de la infracción por la que se ha sancionado a una sociedad dominante, puede verse, STJUE de 6 de octubre de 2021, *Sumal*, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:80, ap. 52).

El momento en que nace la personalidad jurídica no siempre resulta de la inscripción en el Registro mercantil, por lo que su determinación no ha sido evidente para todos los tipos. Debe aceptarse que es un efecto vinculado al otorgamiento del contrato con una vocación de exteriorización de la organización que se crea. En el caso de las sociedades mercantiles de capital, aunque la personalidad jurídica propia del tipo elegido resulta de la inscripción en el Registro mercantil (art. 33 TRLSC), se reconoce la personalidad jurídica de la sociedad en formación (art. 37.1 TRLSC). En el régimen de las sociedades mercantiles de capital o personalistas (colectiva y comanditaria), la falta de inscripción no ha de impedir el reconocimiento de la personalidad jurídica, [art. 116 CCom, 39.1 TRLSC, y así lo ha reconocido la jurisprudencia, aceptando su legitimación activa, SSTS de 16 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2933), o STS de 24 de mayo de 2017, (ECLI:ES:2017:1991), aunque no haya sido una cuestión pacífica y no siempre se haya seguido este criterio, cfr., por ejemplo, SAP de Barcelona de 26 de abril de 2012, (rec. 637/2011)].

Los efectos de este reconocimiento son diversos. La atribución de una personalidad propia e independiente de la de cada uno de los asociados (art. 35.2 CC), permite en la perspectiva de derecho internacional privado identificar una ley personal particular (art. 9.10 CC), y requiere de unas previsiones específicas en relación con los efectos que se vinculan a la actuación unificada que permite este mecanismo, como los relacionados, por ejemplo, con la nacionalidad, la razón o denominación social, o el domicilio [arts. 125 CCom, 23 a) y c) TRLSC, 11.1 a) y c) LGC].

El empresario social como persona jurídica tiene plena capacidad jurídica y de obrar, que es también un recurso destinado a la protección de la confianza en la apariencia y de la seguridad en el tráfico [STS de 29 de julio de 2010, (ECLI:ES:TS:2010:7753)] y que tiene implicaciones organizativas, a poco que se repare en el sentido que tienen los órganos de la sociedad (Girón Tena). Puede hablarse, de este modo, de los actos y contratos de la sociedad, de su legitimación procesal (art. 6.1.3º LEC), de que la sociedad pueda ser sancionada, también penalmente (art. 31 bis CP) o, en relación con un ámbito externo de actuación, de su representación, como atributo de su organización: el empresario social como persona jurídica actúa en el tráfico a través de personas físicas. La dimensión normativa de esta exigencia es fácilmente comprobable en relación con las diversas formas de empresario social, con particular atención, por razones evidentes de protección del tráfico, a la identificación y publicidad de la condición de quienes sean sus administradores y a las circunstancias en virtud de las cuales la sociedad puede quedar vinculada por su actuación (por ejemplo, arts. 127 y 128 CCom, 234 TRLSC, 32 LGC).

El reconocimiento de la personalidad jurídica significa la separación de un patrimonio diverso de responsabilidad, con consecuencias relevantes en diversos planos, sin que queden limitadas a las relaciones externas de la sociedad. Por un lado, en la relación de la sociedad con terceros, en el sentido de que sobre el patrimonio de la sociedad son preferidos sus acreedores frente a los acreedores individuales de los socios (art. 174 CCom, art. 1699 CC), y de que, como patrimonio de responsabilidad, se distingue de otras esferas patrimoniales, como la de los socios y administradores [cfr. en relación con la acción individual de responsabilidad (art. 236 TRLSC) [STS 6 de octubre de 2021, (ECLI:ES:TS:2021:3606)]. Basta pensar que puede declararse el concurso de la sociedad con independencia del concurso de sus socios, o la responsabilidad contractual de una sociedad filial con independencia de la sociedad dominante. Por otro lado, por dotar a la posibilidad de disponer de ese patrimonio de cautelas específicas, con intensidad diversa según el tipo de sociedad, y sin perjuicio del régimen previsto para las modificaciones estructurales, mayor en el caso de las sociedades mercantiles de capital. El régimen establecido para la disposición sobre sus activos esenciales expresa esta preocupación [art. 160 f) TRLSC].

De las diversas cuestiones que plantean los límites de la persona jurídica en relación con el empresario social conviene detener la atención en dos aspectos. La aplicación al empresario social de la doctrina sobre los derechos fundamentales es deudora de la discusión más general que se ha suscitado en relación con su aplicación a las personas jurídicas, y de la interpretación que ha merecido en la jurisprudencia (recientemente puede verse en relación con el derecho al honor, STS de 15 de julio de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2625). Debe compartirse, abandonando toda consideración realista de la persona jurídica, la interpretación en virtud de la cual el empresario social como tal no es titular de derechos fundamentales, sino que estos corresponden a los socios en cuanto individuos; procedería entender que se trata más bien de una titularidad derivada (Alfaro). A poco que se repare, puede advertirse que no se trata tanto de una cuestión que afecte a la extensión o ámbito de los derechos fundamentales, como al modo en que se ha de entender la personalidad jurídica.

La personalidad jurídica del empresario social puede dejar de producir sus efectos característicos, especialmente por lo que se refiere a la limitación de responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad. En la jurisprudencia se ha reconocido que los jueces puedan penetrar en el interior de las personas jurídicas levantando su velo jurídico (de la expresión inglesa, *piercing the corporate veil*), por razones diversas, con frecuencia reconducidas a la intención fraudulenta que ha orientado la fundación de la sociedad (por ejemplo, STS 361/2021, de 5 de octubre de 2021) en una aproximación que se advierte también en una perspectiva comparada. Se ha observado, con carácter general, en este modo de proceder una mayor preocupación por alcanzar un determinado resultado, el desvanecimiento de la personalidad, que por su elaboración jurídica, con merma de las exigencias reclamadas por la seguridad jurídica. No han faltado propuestas para facilitar una elaboración jurídica más adecuada, analíticamente mejor fundada, con diversos planteamientos, desde una forma de entender la personalidad jurídica ajena a connotaciones realistas, para tratarlos como problemas de extensión de imputación o de responsabilidad (Paz-Ares, o Eizaguirre) y, en parecidos términos, diferenciando entre el levantamiento del velo como método o como problema (Schmidt), o atendiendo a los principios de conducta que el reproche de toda actuación fraudulenta trata de promover en favor de los acreedores (Clark).

**6.-Las formas de sociedad mercantil: las sociedades mercantiles de personas y de capital**

El empresario social puede organizarse de diversas formas, expresión que siguiendo una larga tradición se ha equiparado y continua equiparándose todavía hoy a la de tipos, aunque haya diferencias (art. 122 CCom); si la forma es la figura conceptual abstracta, el tipo supone una variación de esta forma permitida por el régimen legal unificando una determinada constelación de intereses (Fernández de la Gándara, De Eizaguirre). Por regla general, establece el Código de Comercio, las sociedades mercantiles se constituirán adoptando alguna de las formas siguientes: la regular colectiva, la comanditaria, simple o por acciones, la anónima, la de responsabilidad limitada. Puede decirse, partiendo de las características del contrato de sociedad, que las formas de sociedad constituyen diversos momentos de intensidad organizativa del fenómeno societario (Fernández de la Gándara). En relación con las formas que presenta el ordenamiento jurídico para organizar la actividad del empresario social conviene realizar algunas precisiones. Por un lado, que estas formas cumplen una decidida función ordenadora de una diversa fenomenología que, en última instancia, y por lo que se refiere al empresario social será comprendida por la sociedad colectiva (cfr. SSTS de 21 de marzo de 1998 (rec. 3393/1994), o de 21 de junio de 1983). Esa intensidad organizativa se afirma gradualmente a partir de un sustrato básico ofrecido por la sociedad colectiva que, a su vez, naturalmente, y como condición previa, exige poder afirmar la existencia de un contrato de sociedad. Conviene recordar que si la actividad desarrollada en el tráfico en forma de sociedad es mercantil, y a falta de una elección adecuada de otra forma, no puede eludirse el rigor propio de la sociedad colectiva.

Por otro lado, que las formas, como modelos legales de regulación, plantean en relación con la autonomía de la voluntad básicamente dos cuestiones de diverso alcance, en relación con la creación de nuevas formas y con la configuración de las formas existentes. La primera de ellas ha de resolverse, como es pacíficamente reconocido, a pesar de lo que la literalidad del régimen codificado pudiera sugerir, considerando que la relación de formas que constituyen el catálogo legal es un elenco cerrado (*numerus clausus*), de manera que la elección del empresario social está constreñida por ellas. No puede haber atipicidad respecto a las formas ni en relación con el contrato de sociedad. Nada impide, sin embargo, que el legislador pueda reconocer nuevas formas, como sucedió, respecto a la formulación inicial del Código de Comercio, con la sociedad de responsabilidad limitada, la forma societaria que actualmente predomina en el tráfico económico, ha sucedido con la agrupación de interés económico (Ley 12/1991, de 29 de abril) o, de forma más reciente, con la sociedad nueva empresa, en rigor, un (nuevo) tipo de sociedad de responsabilidad limitada (Ley 7/2003, de 1 de abril, por la que se modificaba la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada) que, no obstante la intención del legislador (“estimular la creación de nuevas empresas, especialmente las de pequeña y mediana dimensión”, Exp. Motivos, II), apenas se utiliza en la práctica (Título XII, arts. 434 a 454 TRLSC). Los trabajos que se han desarrollado en relación con la creación de una nueva sociedad agraria de transformación de responsabilidad limitada responden a esta misma iniciativa. Una última circunstancia debe mencionarse toda vez que la elección inicial de una forma no excluye la opción, con posterioridad, de una forma diversa, en el marco en que resulta posible la transformación de las sociedades mercantiles (LME).

La configuración de las formas existentes ha hecho relevante la consideración de un aspecto de gran trascendencia para la vida de la sociedad atendiendo a la respuesta que requiere la práctica, y que hace preciso transitar desde el modelo legal hacia un modelo real. Es en este ámbito en el que, por tanto, se percibe con más intensidad la ductilidad de las formas legales y el significado del pensamiento “tipológico”, con implicaciones ciertas para la interpretación y aplicación del régimen jurídico (Fernández de la Gándara). En esta transición se advierte la importancia de una manera de entender e interpretar el Derecho de sociedades, con consecuencias relevantes para el espacio en que puede reconocerse la voluntad de quienes contratan. Basta pensar, por ejemplo, en la interpretación del alcance que ha de darse los principios configuradores del tipo. Del modo que se ha anticipado, una aproximación contractual que se va abriendo camino permite considerar este espacio a partir de una parámetro generalmente aceptado que parte de la libertad de quienes contratan (art. 1255 CC) y del carácter orientador o facilitador del régimen legal.

Resulta ampliamente admitido que en el derecho dispositivo se advierte la riqueza de la tipología legal para cada forma de sociedad (Fernández de la Gándara): una sociedad anónima se puede personalizar con cláusulas que restringen la transmisibilidad de las acciones, o que requieren la condición de socio para administrar la sociedad, es posible dotar a la sociedad colectiva de una estructura corporativa o, en fin, cabe fortalecer la dimensión capitalista de una sociedad de responsabilidad limitada. Esta configuración no deja de tener diversos efectos. No es menor el que deriva para la propia interpretación del régimen jurídico, basta pensar, por ejemplo, en el alcance atribuible al derecho de información según las características de la sociedad [STS 3603/2021, de 5 de octubre de 2021, STS 4950/2013, de 19 de septiembre de 2013, o STS 846/2011, de 21 de noviembre de 2011]. Y deben quedar únicamente ahora apuntadas las que se desprenden para la propia intervención del legislador, a poco que se repare en la relevancia que se ha dado a la distinción entre diversos tipos de sociedades que transcienden la tradicional contraposición entre las formas jurídicas de sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada, y que tanta importancia ha tenido, por ejemplo, en el proceso de armonización comunitario: sociedades que cotizan en bolsa, sociedades abiertas cuyas acciones puede negociarse, y sociedades cerradas (Informe Winter, 2002), o de forma más simplificada, entre sociedades abiertas y cerradas.

El grado en que puede aceptarse la separación de los modelos ofrecidos por el legislador es indudablemente deudor del modo en que se configuran a partir de los rasgos que los individualizan, y de la flexibilidad que se les reconoce, en consecuencia, para poder atender a intereses diversos. Una recta interpretación de las funciones que cumple el derecho dispositivo (Alfaro, Schmidt) no ha de llevar a verlo, tampoco en relación con el contrato de sociedad, como un límite impuesto a la autonomía privada, sino más bien como un régimen llamado a facilitarla. Los socios, como no es infrecuente que suceda, pueden remitirse al modelo legal y este modelo contribuirá, junto a otros elementos, a la interpretación del contrato, aplicándose también para regular aspectos no contemplados por quienes contratan (reglas integradoras).

Estas formas societarias generales pueden clasificarse por su estructura (De Eizaguirre) en sociedades de personas y sociedades de capital, para comprender las primeras, las sociedad colectiva y la comanditaria, y las segundas, la sociedad anónima, de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones. Esta diferenciación, que ha sido tenida en cuenta en un plano conceptual para distinguir siguiendo a la doctrina alemana (Schmidt) entre sociedades en sentido estricto, las primeras, y en sentido amplio, las restantes, pone de manifiesto la relevancia tipológica de diversos elementos. La mayor utilización en el tráfico de las sociedades mercantiles de capital explica adicionalmente una mayor atención del legislador, influido también por el impulso recibido por la legislación comunitaria. En términos muy generales se puede contraponer la importancia tipológica de la condición personal de los socios en las primeras a la importancia tipológica del régimen de capital (organización) en las segundas. Diversos elementos pueden tenerse como expresión de esta diferente relevancia y se traducen en una configuración jurídica también distinta.

En lo que ahora puede quedar únicamente apuntado, basta pensar en la llamada a los socios a administrar la sociedad (autoorganicismo, art. 129 CCom) en las primeras, y en el heteroorganicismo u organicismo de terceros en las segundas (art. 212.2 TRLSC). En la menor relevancia del carácter organizativo del contrato de las primeras y en la estructura corporativa de las segundas, con el reconocimiento de una junta general y de un órgano de administración (art. 159 y 209 TRSLSC). En las diversas condiciones en que es posible la transmisión de la condición de socio, por reflejar la hipotética voluntad de las partes según la forma, exigiendo el consentimiento de los socios en las primeras (art. 143 CCom) y aceptando la transmisiblidad con diversa intensidad en las segundas (art. 108.1 TRLSC, 123.2 TRLSC). En la responsabilidad personal de los socios por las deudas de la sociedad propia de las sociedades de personas (art. 127 CCom) frente a la responsabilidad limitada de los socios propia de las sociedades de capital (art. 1 TRLSC). En la menor estabilidad del vínculo social propia de las sociedades de personas; basta pensar en que la apertura de la fase de liquidación en el concurso de cualquiera de los socios colectivos es causa de disolución de la sociedad (art. 222 3º CCom), o en que el socio puede, en determinadas condiciones, exigir la disolución de la sociedad (art. 224 CCom).

El grado en que el empresario social se puede organizar con otras formas de sociedad no es tan evidente, condicionada por el modo en que se conciben las sociedades mercantiles y, especialmente, por la relevancia que en esta concepción puede tener el ánimo de lucro. No es dudoso que esto sea posible en relación con la agrupación de interés económico y con la sociedad de garantía recíproca, toda vez que, aun teniendo en cuenta su finalidad consorcial o mutualista, como se ha indicado, el legislador afirma su mercantilidad por la forma (art. 1 LAIE, art. 4 LSGR). Tampoco en relación con las sociedades laborales, que se configuran como tipos de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y comparten, aun en el contexto en que se insertan y teniendo en cuenta su consideración como entidades de economía social, en consecuencia, la mercantilidad por su forma (art. 1 LSL).

Otros supuestos plantean mayores dificultades. Si el contrato de cuentas en participación puede tenerse como una sociedad mercantil, aceptando entonces su condición de empresario social (arts. 239 a 243 CCom) del modo que se ha indicado, es una cuestión que ha sido objeto de una viva controversia. Aun cuando se ha reconocido su carácter societario (Girón Tena, Paz-Ares, De Eizaguirre), frente al predominante tratamiento en la jurisprudencia como relación contractual distinta de la societaria, prevalece en la doctrina la consideración de que no puede ser tratada como un empresario social (Paz-Ares, De Eizaguirre). Como se ha señalado, la PALCMER se orienta en una dirección diversa, al tratarla como una relación contractual no societaria. Si las cooperativas y las mutuas de seguros pueden tenerse como sociedades mercantiles tampoco es pacífico, una vez se ha convenido en señalar su carácter societario, lo que no siempre se ha aceptado (Vicent Chuliá). Las propuestas realizadas en la doctrina el sentido de considerarlas sociedades mercantiles por la forma, o aconsejar esta consideración, por el régimen que comparten del estatuto propio del comerciante, han encontrado acogida en la PALCMER [art. 211.1 f) y g)], y de forma particular, por lo que se refiere a las cooperativas en la *Propuesta de la Ponencia para la elaboración de un texto articulado de revisión del régimen jurídico de las cooperativas* (2017) (Comisión General de Codificación, Sección Segunda, de Derecho Mercantil), en que se afirma: “aunque sea evidente que la sociedad cooperativa trata de corregir situaciones de necesidad en el mercado, dentro de él actúa como un empresario más. Lo único que cabe, pues, es considerar que la sociedad cooperativa es un tipo especial de sociedad mercantil”.

**7.-Breve consideración sobre la irregularidad y los defectos en el negocio de fundación de la sociedad**

La exteriorización de la dimensión organizativa del contrato de sociedad apunta a una serie de especialidades que se han desarrollado como propias de esta relación contractual en relación con particulares defectos, de fundación y de inscripción (Girón Tena). No siempre ha sido claro, sin embargo, su tratamiento con implicaciones ciertas para aspectos centrales del régimen jurídico de la sociedad y para la propia consideración del sistema. Esta es una cuestión que ha resultado también determinada por el concepto de sociedad del que se parte y por el modo en que se entiende la relación entre las diversas formas de sociedad. Las dudas existentes en este ámbito, y la falta de unas reglas específicas, han dificultado la interpretación de estos problemas, con soluciones muy dispares. Todavía hoy es apreciable esta divergencia, a poco que se repare en los diferentes tratamientos que ha recibido.

El régimen de la sociedad irregular está relacionado con el significado que en el proceso de constitución de una sociedad mercantil tiene su inscripción en el Registro mercantil. Su consideración tiene relevancia en la práctica pues, como sucede en otros ámbitos de la actividad económica, los hechos desplazan a las formas y no es infrecuente que la asociación para el ejercicio de una actividad económica se desenvuelva, por diversas razones, al margen del Registro mercantil. Se trata, por tanto, de un aspecto relacionado con la publicidad de la sociedad, referido a la relación entre publicidad legal y publicidad de hecho (Girón Tena) y no puede confundirse, aunque el propio término de irregularidad puede resultar equívoco, con su tipicidad en el sentido en que antes se ha expuesto (no obstante, STS 6 de octubre de 1994, (ECLI:ES:TS:1994:6305)], ni tampoco, como se ha señalado, con su personificación. Es posible por tanto una primera delimitación; han de quedar fuera del ámbito de la irregularidad, las sociedades civiles que no sean inscribibles en el Registro mercantil y también las sociedades civiles internas (art. 1669 CC) (no obstante, STS 14 de julio de 2006, (ECLI:ES:TS:2006:4572)].

En la medida en que la irregularidad lo es por relación a un tipo de sociedad no se ha planteado un problema específico por lo que se refiere a las sociedades de personas, en que la inscripción no es constitutiva: la falta de inscripción no impide la aplicación del régimen propio del tipo. En relación con aquellos supuestos en que la inscripción, en cambio, es constitutiva se ha producido una evolución en la interpretación de la doctrina que acepta, a partir de la previsión legal, que pueda reconocerse una situación de irregularidad en este ámbito, aunque no siempre de la misma forma. La ley hace referencia, en efecto, a una sociedad devenida irregular (art. 39 TRLSC). En lo que ahora únicamente puede quedar apuntado, debe distinguirse entre la sociedad en formación, como situación de interinidad históricamente aceptada por la ley, y en relación con la que se contemplan determinados efectos, y la voluntad de no inscribir, de manera que la sociedad actúe en el tráfico como sociedad de capital no inscrita. Aunque ciertamente en este último caso la irregularidad no pueda presentarse sin incurrir en una incorrección dogmática como extensión de un determinado tipo, con la irregularidad se sanciona el hecho de permanecer al margen del Registro mercantil con la aplicación de un régimen jurídico tuitivo de diversos intereses que, como no podía ser de otra forma, ha de ser sistemáticamente coherente.

En el tratamiento de los efectos de la irregularidad, y la determinación del régimen aplicable en consecuencia se ha tenido en cuenta su ámbito de aplicación. Desde bien pronto se advirtió en relación con las sociedades de personas que la irregularidad no era relevante en el ámbito de las relaciones internas entre los socios (Garrigues), criterio que ha sido seguido por la jurisprudencia (puede verse, por ejemplo, STS 21 de marzo de 1998, rec. 393/1994). La cuestión fundamental ha consistido en determinar el régimen aplicable a una sociedad exteriorizada como tal pero que no se ha inscrito, en que una determinada concepción de la persona jurídica ha de considerarse superada para evitar la paradoja de llevar hasta el extremo la sanción aplicable por falta de inscripción (art. 118 CCom). La protección de los terceros que se relacionan con la sociedad ha orientado decisivamente el tratamiento del régimen jurídico. Se acepta actualmente en la doctrina que la sociedad irregular es una sociedad con personalidad jurídica y que, como se había anticipado, la falta de inscripción no afecta a la validez de las relaciones establecidas por la sociedad con terceros, sin merma de la responsabilidad de los gestores en los términos previstos en el Código de Comercio (art. 120), que se añade al régimen de responsabilidad de la sociedad y de sus socios. Cabe hablar entonces de una sociedad colectiva irregular, de una sociedad comanditaria irregular o de una agrupación de interés económico irregular.

Como en las sociedades de capital esta personalidad jurídica no puede corresponder a la de los tipos legales, ha de reconocerse en su grado más básico, atendiendo entonces en aplicación de las reglas generales al objeto de la sociedad, entendido como actividad, para aplicar el régimen de la sociedad colectiva o de la sociedad civil, según el caso (art. 39.1 TRLSC). En lo que ahora interesa, puede reconducirse entonces a la voluntad de los socios la asunción de la condición de empresario social en su forma más básica. Desde luego, por su entramado sistemático, y atendiendo a su sentido, resultaría fundada la aplicación de esta misma regla a otros tipos de sociedades mercantiles cuya personalidad jurídica propia se hace depender de la inscripción (Paz-Ares). La previsión del APLMER se dirige en esta dirección, abandonando la referencia a la sociedad irregular, y distinguiendo entre sociedad en formación y sociedad mercantil no inscrita (arts. 213-22 y 213-28).

El tratamiento de los vicios que se pueden apreciar en el proceso de fundación de la sociedad, plantea también el alcance del reproche que ha de merecer en relación con los diversos intereses afectados. Se reveló pronto que la aplicación del régimen de nulidad del negocio jurídico, a partir de los presupuestos que permitieran su proyección a la totalidad del mismo, con su característico efecto retroactivo, no resultaba adecuada para la consideración del fenómeno asociativo exteriorizado en ejercicio de una actividad mercantil. Con las expresiones de “sociedad de hecho” o “sociedad defectuosa”, se ha tratado precisamente de proponer un tratamiento específico de estos defectos alejado de una lógica estrictamente contractual y atento a la peculiaridad organizativa de la sociedad externa, buscando ajustar la respuesta jurídica que ha de darse a una determinada realidad. De este modo, la aplicación de esta doctrina se ha condicionado generalmente a la existencia de un contrato viciado de sociedad, sin que el vicio haya sido subsanado, lo que permite diferenciar este supuesto del constituido por la sociedad aparente, la actividad externa de la sociedad y la inexistencia de otros intereses que merezcan una tutela preferente (Paz-Ares, De Eizaguirre).

El régimen introducido por la Primera Directiva del Consejo de 9 de marzo de 1968 (arts. 11 y 12), que trata de la nulidad de las sociedades de capital con la expresa consideración de asegurar la protección de los intereses de terceros, así como de los socios y que ahora está contemplado por la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo (arts. 11 y 12) ha ejercido una indudable influencia en la forma de aproximarse a este problema y de tratarlo aportando un fundamento inmediato de derecho positivo. No únicamente por la relación tasada de las causas de nulidad, que busca cerrar el paso a otras causas de “inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa o anulabilidad” que podrían resultar de la teoría general del negocio jurídico, y que ha de ser objeto de una interpretación estricta (STJUE de 13.11.1990, *Marleasing*, C-106/89, I-4156) sino por los efectos de su apreciación: la nulidad provocará la liquidación de la sociedad y no afectará por sí misma a la validez de los compromisos de la sociedad o de los contraídos hacia ella.

De este régimen es expresión la regulación de la nulidad de las sociedades mercantiles de capital en la que, en lo que ahora importa destacar, y de conformidad con la solución comunitaria, la declaración de nulidad abre la liquidación de la sociedad y no afecta a la validez de las obligaciones de la sociedad frente a terceros o de éstos frente a la sociedad, ni tampoco, en cuanto se sigue el procedimiento de liquidación a las relaciones internas (art. 57 TRLSC). También en relación con la agrupación de interés económico se prevé este efecto (art. 9.1 LAIE), y es perceptible en el tratamiento que se da a las causas de disolución en otros supuestos, como sucede en el régimen general de las cooperativas [arts. 70.1 d) y 116 LGC]. La PALCMER generaliza este tratamiento para las sociedades mercantiles (art. 213-27), de manera que la declaración judicial de nulidad de la sociedad se equipara a su disolución por el efecto de producir la apertura de la liquidación y preservar la validez de sus relaciones externas.