

DR 22 25

Asignatura Derecho Mercantil 1, título El empresario social, número 12, autor María Ángeles Calzada, día de emisión 12 de diciembre de 1979. En la emisión de hoy vamos a referirnos al tema número 12 del programa relativo al empresario social, que como se señalan las unidades didácticas tiene en la actualidad una importancia creciente, habiendo desplazado en gran parte al empresario individual. El estudio del empresario social o sociedad mercantil puede plantear algunos problemas en determinados puntos a los que ahora vamos a hacer referencia.

Así ocurre, por ejemplo, en la cuestión relativa a la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, materia en la que ante todo deben tener en cuenta que, como se señala en la adenda del presente curso, la remisión que se hace en las unidades didácticas a los números 122 y 123 del libro de referencia debe entenderse hecha al número 124 de ese mismo libro. Pues bien, en relación con este tema hay que partir del dato de que en nuestro derecho existen en efecto tanto sociedades de carácter civil como mercantil y determinar cuándo nos encontramos ante una u otra clase de sociedad es básico por qué de ellos se derivan consecuencias importantes. Esto porque la sociedad mercantil, en cuanto empresario o comerciante que es, a tenor de lo establecido en el artículo primero, párrafo segundo del Código de Comercio, queda sometida al estatuto jurídico especial del comerciante.

Es frecuente que en esta materia los alumnos tengan una idea gravemente errónea como se ha puesto de manifiesto en las últimas pruebas personales realizadas. En efecto, se suele incurrir en el grave error de creer que en nuestro derecho la distinción entre sociedades civiles y mercantiles viene determinada por la existencia o no de ánimo de lucro. Pues bien, es preciso que ustedes al estudiar este tema desechen esta idea porque, como les decía, no es correcta.

En nuestro derecho positivo, toda sociedad, sea civil o mercantil, se caracteriza, entre otros datos, por tener ánimo de lucro a tenor de lo dispuesto en los artículos 1665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio. En el artículo 1665 del Código Civil se establece, en efecto, que la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industrias con ánimo de partir entre sí las ganancias. El artículo 116 del Código de Comercio, por su parte, dispone que el contrato de compañía por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, será mercantil cualquiera que fuese su clase siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este código.

Como ustedes pueden observar, ambos preceptos dan un concepto de sociedad esencialmente idéntico, no siendo, por lo demás, el ánimo de lucro, una característica específica de las sociedades mercantiles, sino una característica propia de toda sociedad en general. La existencia o no de ánimo de lucro, entendido este término en sentido amplio, no sirve, pues, para diferenciar unas y otras sociedades, sino que es algo que diferencia a la sociedad en general de la asociación. Pues bien, si en nuestro derecho el ánimo de lucro no sirve como criterio de distinción entre la sociedad civil y la mercantil, ¿en base a qué criterio ha de

establecerse la diferencia entre una y otra? Como veíamos antes, el artículo 116 del Código de Comercio señala que una sociedad será mercantil cuando cualquiera que sea su clase se haya constituido con arreglo a las disposiciones de dicho código.

Esta disposición, unida a lo establecido en los artículos 117 y 122 del propio Código de Comercio, se ha interpretado en el sentido de que en el mismo se establecía un criterio formal de distinción entre sociedades civiles y mercantiles, es decir, que serían sociedades de carácter mercantil aquellas que adoptaran las formas previstas originariamente en el Código de Comercio, según dispone el artículo 122 de dicho texto legal, son las sociedades colectivas, comanditarias y anónimas. Ahora bien, posteriormente se publicó el Código Civil y en su artículo 1670 se estableció que las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente código.

Así pues, y según esto, es posible la constitución de sociedades civiles con forma mercantil, con lo cual el criterio de la forma no sirve como criterio de distinción entre unas y otras sociedades. ¿Cuál es entonces, en la actualidad, ese criterio diferenciador? A este respecto es preciso tener en cuenta que para determinados tipos de sociedades la cuestión viene taxativamente resuelta por sus respectivas leyes. Este es el caso de las sociedades anónimas, de las sociedades de responsabilidad limitada y de las sociedades de garantía recíproca, puesto que en el artículo 3º de sus respectivas leyes reguladoras se establece con carácter imperativo que tales sociedades tendrán siempre carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto.

Es decir, que una sociedad anónima, una sociedad de responsabilidad limitada o una sociedad de garantía recíproca, por el mero hecho de haber adoptado esa forma social, serán consideradas siempre como mercantiles. El problema es distinto por lo que se refiere a las sociedades colectiva y comanditaria regidas por el Código de Comercio. En este caso, y teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 116, 117, 123 y artículo 1º del Código de Comercio, así como el artículo 1670 del Código Civil antes mencionado, hay que concluir que este tipo de sociedades serán civiles o mercantiles dependiendo de su objeto social.

Es decir, que aquellas sociedades que exploten una empresa serán mercantiles y las que no se constituyan con este objeto tendrán carácter civil, sin perjuicio de que según dispone el artículo 1670 del Código Civil queden sometidas a las disposiciones del Código de Comercio en lo que no se opongan a las del Código Civil en el caso de que adopten alguna de las formas previstas en el Código de Comercio. El yo nos lleva de la mano a otra cuestión que también suele plantear problemas en materia de sociedades en general. Es la relativa a la distinción entre sociedad y empresa, pues a menudo los alumnos confunden ambos conceptos debido sin duda al hecho de que es frecuente que en la práctica se utilice el término empresa como sinónimo de empresario.

En este sentido, han de tener ustedes en cuenta lo ya estudiado sobre la noción de empresa y la distinción entre empresa y empresario. En definitiva, el empresario es el titular de la empresa

y como ustedes ya saben, el empresario puede ser una persona física, empresario individual o jurídica, empresario social. Así pues, la sociedad es el empresario social, el titular de la empresa.

Por último, han de tener presente que la pregunta número 3 del tema a que nos venimos refiriendo, han de completarla con lo contenido en la agenda del presente curso, bajo el epígrafe Sociedades de carácter mutualista, como número 3bis. La próxima emisión la dedicaremos al tema número 13 del programa con el que se inicia la unidad didáctica tercera, tema referente a la asociación de cuentas en participación.