

Un vistazo rápido desde la doctrina registral a la cuestión del ánimo de lucro en las sociedades mercantiles

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública abordó en su Resolución de 17 de diciembre del 2020 la cuestión del ánimo de lucro de las sociedades al resolver sobre la solicitud de inscripción de ciertas cláusulas estatutarias que excluían expresamente el ánimo de lucro de una sociedad de responsabilidad limitada. En estas notas se vuelve brevemente sobre el contenido de dicha resolución.

ALBERTO DÍAZ MORENO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Planteamiento

§ 1. Atendiendo a nuestro derecho codificado (arts. 1665 del Código Civil —CC— y 119 del Código de Comercio —CCom—) y a la doctrina clásica, el ánimo de lucro (entendido como el propósito común de los socios de obtener ganancias mediante el ejercicio de la actividad social para su posterior distribución entre ellos) constituiría un elemento esencial del contrato de sociedad (de hecho, tipificaría causalmente el negocio). Siguiendo esta tesis, el ejercicio colectivo de actividades con propósito no lucrativo debería vehicularse en

nuestro ordenamiento acudiendo a otro tipo de contratos o entes asociativos.

§ 2. No obstante, cada vez más se ha ido extendiendo una visión del sistema que pone en cuestión la que se acaba de sintetizar. No se trata tanto de que se haya postulado (y convivido con ella) una interpretación amplia de lo que haya de entenderse por *ánimo de lucro* para englobar en este concepto los casos en que los socios (o asociados o mutualistas) buscan obtener ventajas patrimoniales que no consisten estrictamente en el reparto de las ganancias obtenidas. Antes bien, descartando

incluso la utilidad u oportunidad de acoger una noción amplia del *animus lucrandi*, se ha venido a sostener que lo determinante para que exista una sociedad (civil o mercantil) es el propósito común a los socios de llevar adelante una determinada actividad, quizás empresarial, pero no necesariamente lucrativa (la *causa societatis* se encontraría, así, en el fin común). El ánimo de lucro podría ser un elemento causal natural de las sociedades, pero no el que las identificaría y las distinguiría frente a otras relaciones asociativas. Su ausencia no impediría, por tanto, la aplicación de la disciplina societaria (civil, o mercantil en sus variantes, según fuera el caso). Lo relevante sería la existencia de un propósito común y de un conjunto de normas que precisaran las obligaciones y derechos de los socios y que regularan el funcionamiento de la sociedad. La sociedad aparecería, por tanto, como un fenómeno organizativo neutro desde el punto de vista causal (sólo sería esencial la comunidad del fin). Lo determinante sería el elemento estructural. En particular, las sociedades de capital se presentarían como formas o estructuras de organización configuradas en el plano jurídico fundamentalmente para posibilitar el desarrollo colectivo (generalmente de manera estable en el tiempo) de actividades lucrativas, pero, al mismo tiempo, perfectamente aptas para amparar otro tipo de fines o propósitos comunes a los socios. La obtención de un lucro partible identificaría así, únicamente, un «modelo de frecuencia» (el *id quod plerumque accidit*) que, eso sí, sería el predominantemente tenido en cuenta por la legislación societaria.

§ 3. En este contexto interpretativo se ha debido mover la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes de los Registros y del Notariado) cuando se ha visto obligada a lidiar con la espinosa cuestión del ánimo

de lucro en las sociedades al resolver sobre la inscribibilidad de cláusulas estatutarias que, directa y expresamente, manifestaban que una sociedad de capital carecería de tal propósito lucrativo.

2. La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 17 de diciembre del 2020

§ 4. La Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 17 de diciembre del 2020 (BOE de 9 de enero del 2021) vino a afirmar (no obstante, *vide infra* lo expuesto en el apartado 3) que son inscribibles los preceptos estatutarios de una sociedad mercantil que excluyan el ánimo de lucro *en sentido subjetivo* (obtención de ganancias re-partibles), pero que no lo hagan con el ánimo de lucro en sentido objetivo (obtención de ganancias o ventajas patrimoniales por la sociedad, al margen de que estén o no destinadas a repartirse entre los socios).

§ 5. En el caso resuelto se solicitó la inscripción de la modificación de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada. En los nuevos preceptos estatutarios se establecía lo siguiente:

- a) Que la sociedad «carece de ánimo de lucro y tiene por objeto la actividad de promoción, educación y rehabilitación de personas con discapacidad, a fin de lograr su integración laboral y social promoviendo y gestionando programas de formación profesional, centros especiales de empleo, centros ocupacionales o cualquier otro tipo de forma idónea de promoción laboral de personas con discapacidad...» (art. 2).
- b) Que la junta general «resolverá sobre la aplicación del resultado de cada ejercicio

social en concordancia con la ausencia de ánimo de lucro de la sociedad, teniendo presente que, una vez derrotadas [sic] las reservas legales y estatutarias, deberán reinvertirse los beneficios derivados de la actividad económica [...], en la propia empresa para la consecución de su objeto social, o en la promoción de actividades relacionadas con el empleo de personas con discapacidad o cualesquiera otras relacionadas con el objeto social de la sociedad, sin que su destino pueda consistir, en ningún caso, en su distribución o reparto entre los socios ni en ningún otro que contradiga la ausencia de ánimo de lucro de la sociedad» (art. 29).

- c) Y que, en cualquiera de los supuestos de disolución de la compañía, «el activo resultante de la liquidación se destinará exclusivamente a entidades sin ánimo de lucro o fundaciones designadas por los socios. Cada socio podrá hacer uso de su cuota de liquidación, en función de su porcentaje de participación, para destinarla a una entidad o fundación que libremente decida» (art. 30).

§ 6. El registrador mercantil calificó negativamente la escritura presentada argumentando que el ánimo de lucro, entendido como voluntad de obtener beneficios partibles entre los socios, «constituye un elemento esencial de las sociedades que tiene su origen en el carácter oneroso del contrato de sociedad», tal y como se deduce de diversas disposiciones normativas (por ejemplo, de los artículos 1665 del Código Civil, 116 del Código de Comercio y 61, 83.2, 99, 127, 253, 275 o 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital —LSC—). Por ello, en su opinión, resultaría contradictorio con «la propia configuración estructural de una sociedad de capital» pretender que una compa-

ña de este tipo carezca de ánimo de lucro. El recurso interpuesto por la sociedad interesada fue estimado por la ya mencionada Resolución de 17 de diciembre del 2020.

§ 7. En su razonamiento, la Dirección General partió de las siguientes ideas, ya expresadas previamente en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero del 2015 (BOE de 24 de febrero) y de 11 de abril del 2016 (BOE de 2 de junio) y reiteradas posteriormente en las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de septiembre del 2021 (BOE de 28 de octubre) y de 13 de octubre del 2023 (BOE de 2 de noviembre):

- a) Como regla de principio, el centro directivo siguió manteniendo que la configuración legal de las sociedades de capital incluye como elemento caracterizador el ánimo de obtener una ganancia común y partible mediante el desenvolvimiento de la actividad societaria y su posterior reparto entre los socios (cfr. arts. 1665 CC, 116 CCom y 93a y 273 LSC). Ello estaría en línea con la Sentencia del Tribunal Supremo 1229/2007, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2007:7765), en la cual se indicó que «el ánimo de lucro se presenta en la sociedad (arts. 1665 CC; 116 CCom, etc.) como uno de los principios configuradores» y que la jurisprudencia ha señalado «predominantemente el fin lucrativo como causa del contrato de sociedad».

También la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de noviembre de 1991 (BOE de 18 de enero de 1992) consideró que el ánimo de obtener una ganancia común y partible mediante el desenvolvimiento de la actividad societaria y su posterior reparto

entre los socios constituye un rasgo caracterizador de las sociedades de capital. Con todo, entendió al mismo tiempo que ello no entraba en contradicción con la posibilidad de que los estatutos de una sociedad anónima dispusieran que en cada ejercicio una parte de los beneficios (no más del 5 %) se destinaría por acuerdo de la junta a efectuar donaciones o aportaciones a ciertas fundaciones vinculadas con la compañía. Esto es, el ánimo de lucro se vio como compatible con el hecho de que una sociedad de capital contribuyera gratuita y voluntariamente a la satisfacción de fines de interés general cumpliendo deberes no exigibles de solidaridad social «mediante aportaciones que por su moderación y marginalidad, no comprometan la preponderancia de aquel sustancial objetivo lucrativo». Obsérvese, por tanto, que una disposición estatutaria como la referida se estimó inscribible precisamente porque no ponía verdaderamente en cuestión la existencia de ánimo de lucro.

- b) Ahora bien, la Dirección General señaló igualmente que hay que tener en cuenta que los tipos sociales capitalistas son utilizados en algunas ocasiones como simples técnicas organizativas, habida cuenta de su funcionalidad y el criterio de mercantilidad formal de las sociedades de capital —cualquiera que sea su objeto— derivado de la propia regulación legal (art. 2 LSC). Por ello —añadió el centro directivo— 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 cabría 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 tipo social concreto adoptado y no el fin perseguido.

En relación con esto último, cabe hacer referencia a un extremo que podría ser relevante para entender adecuadamente la línea evolutiva que está siguiendo la doctrina registral. En efecto, debe notarse que las ya citadas resoluciones de 20 de enero del 2015 y de 11 de abril del 2016, después de mencionar la existencia de tesis doctrinales favorables a entender que en las sociedades de capital prevalece el elemento estructural u organizativo del tipo social concreto adoptado y no el fin perseguido, acotaban inmediatamente esta afirmación añadiendo la frase «de suerte que sería suficiente que la sociedad proporcione ventajas patrimoniales a la actividad de los socios». Esta precisión desapareció, sin embargo, en la Resolución de 17 de diciembre del 2020 que nos ocupa y, también, en las posteriores de 28 de septiembre del 2021 y de 13 de octubre del 2023. Pero, en cambio, en todas ellas se afirma que, desde la perspectiva doctrinal señalada, «el ánimo de lucro sería un elemento natural, usual, pero no esencial, a diferencia del fin común que siempre ha de existir». Esta diferencia en las expresiones utilizadas permite intuir una cierta tendencia de la Dirección General a separarse de las tesis tradicionales que han venido postulando un entendimiento amplio (quizás incluso desnaturalizador) del ánimo de lucro (capaz de comprender el propósito de obtener ventajas patrimoniales a través del ejercicio de la actividad social y no sólo el de repartir el excedente obtenido con ella)

para aproximarse a las tesis que, directamente, defienden que, en rigor, el ánimo de lucro no constituye un elemento esencial de las sociedades.

3. Alcance e implicaciones de la referida doctrina registral

§ 8. Como se ha sugerido en algún caso, probablemente la Dirección General habría podido resolver el recurso planteado simplemente considerando que el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre) ofrece cobertura legal suficiente como para admitir la existencia de sociedades de capital sin ánimo de lucro (subjetivo) cuya finalidad sea la de realizar el tipo de actividades incluidas en el objeto de la compañía afectada (como es la explotación de un centro especial de empleo: artículo 43.4). Es decir, quizás podría haber asumido simplemente que la legislación especial consideraba las formas sociales capitalistas como meras estructuras organizativas aptas para cobijar ciertas actividades desarrolladas sin propósito lucrativo (aquellas que, precisamente, justifican la existencia de esta normativa específica). Sin embargo, la Dirección General no limitó expresamente su razonamiento a este terreno (aunque, desde luego, su argumentación no pudo prescindir del contenido de dicho texto normativo, según veremos más adelante: § 9 y § 12), sino que prefirió desarrollar un discurso de alcance (al menos aparentemente) más general.

§ 9. En efecto, mediante una interpretación de conjunto de los artículos 2, 29 y 30 de los estatutos reformados (*supra*, § 5), el centro directivo llegó a la conclusión de que en ellos se excluía únicamente el ánimo de lucro *en sentido*

subjetivo (obtención de ganancias repartibles, lucro personal de los socios), pero no el ánimo de lucro en sentido objetivo, ya que la sociedad seguiría persiguiendo la obtención de un excedente (obtención de ganancias o ventajas patrimoniales que, no obstante, no se repartirían entre los socios, sino que se destinarían a un fin común, social, ajeno al enriquecimiento de éstos). En este caso, el fin común se identificaría con la promoción de la integración laboral y social de personas afectadas por una discapacidad, de suerte que los beneficios derivados de la actividad económica deberían destinarse a la consecución de dicho objeto social (exigencia estatutaria de «reversión íntegra de sus beneficios para la creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad» a la que hace referencia el artículo 43.4 del ya mencionado Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social).

§ 10. Es de destacar, además, que la Dirección General invocó también, para sostener su posición, el artículo 3.1 del Código Civil y la necesidad de interpretar las normas estatutarias de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y atendiendo a su finalidad (recordemos que, según la doctrina registral, los estatutos poseen un «doble carácter contractual y normativo» que justifica que en su interpretación se tengan en cuenta las normas sobre interpretación de los contratos y no se excluyan tampoco absolutamente las reglas sobre la hermenéutica de las leyes). Así, de la mano del referido artículo 3.1 del Código Civil, el centro directivo pudo introducir en su discurso un argumento que considerara para descartar la esencialidad del ánimo de lucro en las sociedades (o, al menos, del ánimo de lucro en su sentido subjetivo):

Como se ha puesto de relieve doctrinalmente, la referencia legislativa al ánimo de lucro obedeció ya en el siglo XIX —Ley de Asociaciones de 1887— no a razones estructurales de las sociedades mercantiles sino, más bien, al designio fiscalizador político o policial de las asociaciones, algo que perdió su razón de ser con el reconocimiento del derecho de asociación —*cfr.* artículos 22 de la Constitución y 2 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación—.

§ 11. Con base en estas manifestaciones (§ 9 y § 10) de la Resolución de 17 de diciembre del 2020 se ha llegado a concluir en alguna ocasión que la Dirección General ha admitido con carácter general la posibilidad de existencia e inscripción registral de sociedades de capital cuyos estatutos excluyan el lucro subjetivo (previendo para las ganancias un destino diferente al reparto entre los socios en atención a la existencia de un objeto social determinado que justificaría esta previsión), siempre, eso sí, que no se excluya estatutariamente el lucro objetivo. En otras palabras: la Resolución de 17 de diciembre del 2020 habría admitido que puedan ser constituidas sociedades mercantiles de capital que excluyan el ánimo de lucro en sentido subjetivo. Pero, obsérvese, no se habría pronunciado —al menos no expresamente— sobre si pueden constituirse sociedades mercantiles de capital en las que quede excluido también el ánimo de lucro en sentido objetivo (lo que comportaría, naturalmente, la exclusión de dicho ánimo también en su vertiente subjetiva).

§ 12. Sin descartar que ésta sea efectivamente la lectura correcta (quizás incluso la deseable en algún extremo) de la resolución analizada, mi impresión es que no son tan

fácilmente generalizables las conclusiones que pueden extraerse de ella (sin mencionar además que dicha lectura probablemente dejaría fuera del concepto de *sociedad* las entidades con finalidad mutualista o consorcial, que, entendido el término en sentido estricto, no tienen ánimo de lucro para sí mismas). Y no lo son porque la decisión de la Dirección General se encuentra fuertemente vinculada —a mi juicio— con la normativa especial antes mencionada, y muy condicionada por ella. En efecto, el interés del centro directivo por hacer notar que en los estatutos de la sociedad se excluía el ánimo de lucro subjetivo, pero no el objetivo, parece enfocado a posibilitar el encuadramiento del supuesto de hecho en el marco del artículo 43.4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, precepto que, en relación con las sociedades mercantiles titulares de centros especiales de empleo, da por supuesto que la entidad obtendrá beneficios (es decir, que habrá un ánimo de lucro en sentido objetivo) y que éstos se reinvertirán íntegramente en la «creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad» (es decir, que quedará excluido el ánimo de lucro en sentido subjetivo).

§ 13. En estas condiciones, no resulta evidente hasta qué punto cabe extender el razonamiento de la Dirección General, dándole un alcance general, más allá del terreno definido por este contexto normativo específico. Podrá convenirse en que esta Resolución de 17 de diciembre del 2020 abre la puerta a la inscripción de sociedades mercantiles en las que la exclusión del ánimo de lucro en sentido subjetivo se vincule con el desarrollo de ciertas actividades objeto de un tratamiento normativo específico que, precisamente, recoja la posibilidad o, en su caso, la exigencia de que no exista ese ánimo de lucro. Cuando esto

suceda, y al amparo de la legislación especial, cabrá inscribir estas sociedades de capital. Pero es más dudoso que la resolución analizada sirva para sostener con carácter general la inscribibilidad de sociedades de capital cuyos estatutos excluyan la participación de los socios en las ganancias sociales cuando la propia actividad que se vaya a desarrollar no sea objeto de normas específicas que

impongan o permitan la eliminación estatutaria del ánimo de lucro en sentido subjetivo (cuestión diferente es que, al margen del contenido concreto de la Resolución de 17 de diciembre del 2020, se considere que esta última solución —entender inscribibles sociedades de capital cuyos estatutos excluyan el ánimo de lucro— es la adecuada en nuestro sistema).

Advertencia legal: El contenido de este documento no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com, o diríjase al siguiente e-mail de contacto: info@ga-p.com.