**Tema 6 LAS SOCIEDADES MERCANTILES. CONCEPTO DE SOCIEDAD MERCANTIL. DISTINCIÓN ENTRE SOCIEDADES CIVILES Y MERCANTILES. LAS FORMAS SOCIALES MERCANTILES. LA SOCIEDAD MERCANTIL COMO CONTRATO. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LA CAPACIDAD PARA CONSTITUIR SOCIEDADES Y PARA SER SOCIO. LA SOCIEDAD UNIPERSONAL**

**LAS SOCIEDADES MERCANTILES**

*«La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias» (art. 1665 Cc).* La regulación civil de la sociedad tiene, como todo el Derecho civil, un valor general como normativa a la que hay que acudir en defecto de regla especial.

Art 1 Cco:

**Son comerciantes para los efectos de este Código:**

1. **Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.**
2. **Las Compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código.**

+ La sociedad mercantil es una institución jurídico-privada que puede analizarse desde distintos puntos de vista: como contrato (más visible en las sociedades de estructura personalista), objeto de este tema, y como persona (distinta de los socios, vertiente corporativa o institucional), objeto del siguiente tema.

+ A su vez,como explica PAZ-ARES, el contrato de sociedad tiene una doble eficacia: obligatoria (conjunto de derechos y deberes para las partes) y organizativa (en la media en que nace a la vida jurídica un nuevo ente, dotado de personalidad jurídica, que unifica la actuación de los socios y les permite actuar en el tráfico *nomine societatis)*. Esta doble eficacia permite diferenciar entre sociedad interna y externa:

. La sociedad interna es la que sólo produce efectos obligatorios entre las partes (es un mero contrato, digna heredera de la societas romana). Se rige por las normas del Código Civil.

. La sociedad externa es aquella que produce además efectos organizativos (la voluntad de las partes conduce a la creación de un ente, dotado de personalidad jurídica, para actuar en el tráfico). En función de su objeto se rige por las normas del Cc o Cco.

**CONCEPTO DE SOCIEDAD MERCANTIL**

La SM es una persona jurídica de tipo asociacional con el dato de la mercantilidad, que la define y distingue de la sociedad civil.

El Cco de 1885 en su art. 116 dispone que:

**El contrato de compañías, 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.**

**Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.**

Este precepto ha de conciliarse con el art. 1670 Cc:

**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.**

**DISTINCIÓN ENTRE SOCIEDADES CIVILES Y MERCANTILES**.

GARRIGUES y BROSETA consideran que el 116 CCo establecía un criterio meramente formal para determinar la mercantilidad que, sin embargo, queda derogado por el 1670 Cc como lex postérior, que establece un criterio material, exigiendo que la sociedad desarrolle una actividad mercantil. Sea como fuere señalar que:

\* La RDGRN 29 de noviembre de 2013 rechaza la existencia de sociedades mercantiles por su objeto con forma civil ((vg. una sociedad civil cuyo objeto sea «la actividad de comercio al por mayor de materiales de construcción»). Pues la simple voluntad de los socios de acogerse al régimen civil NO puede servir para eludir las normas imperativas de Derecho Mercantil por estar dictadas **en interés de terceros o del tráfico**, como ocurre con las que regulan el régimen de los órganos sociales, la responsabilidad de la sociedad, de los socios y de los encargados de la gestión social, la prescripción de las acciones o el estatuto del comerciante (contabilidad mercantil...). Constituiría una sociedad mercantil irregularmente constituida (sociedad merc irregular, tesis de GIRÓN)

En cambio sería posible el híbrido sociedad civil por el objeto con forma mercantil (sociedad colectiva o comanditaria simple). La doctrina considera que esta clase de sociedades se regirá por lo dispuesto en el CCo, con excepción de lo relativo al estatuto jurídico del comerciante (como capacidad o contabilidad) que no le resultará aplicable puesto que no es comerciante.

\* El art 2 LSC torna al sistema formal (puro): “Las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil”.

\* Para la [Propuesta de Código-Mercantil](http://notin.es/wp-content/uploads/2014/07/83-propuesta-codigo-mercantil.pdf) -del año 2013- elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, presidida por Alberto Bercovitz, el empresario no es el único protagonista entre los OPERADORES DEL MERCADO sujetos al Código, concepto que también abarca a:

los profesionales que ejercen actividades intelectuales, sean científicas, liberales o artísticas, cuyos bienes o servicios destinen al mercado; y a

las **personas jurídicas** que, **cualquiera sea su naturaleza y objeto**, ejerzan alguna de las actividades expresadas en el Código; e incluso a

los entes sin personalidad jurídica por medio de los cuales se realicen.

La doctrina de la DGRN a este respecto añade el principio de *tipicidad* **:** Una sociedad civil no puede inscribirse en el Registro Mercantil, ya que sólo la ley determina qué sociedades y entidades y qué actos y contratos son objeto de publicidad registral, sin que sea admisible el recurso a la analogía para abrir las puertas del RM a otros sujetos. Como excepción y por disposición legal, la sociedad civil profesional se tiene que inscribir en el RM.

**LAS FORMAS SOCIALES MERCANTILES**

**Clasificaciones doctrinales**

**Ψ** Por el elemento preponderante: personalistas (colectiva, comanditaria simple) y de capital.

**Ψ** Por la mayor o menor fijeza de su capital: de capital fijo (anónima, colectiva, etc.) o variable (mutuas de seguros).

**Ψ** Porla responsabilidad de sus socios: ilimitada (colectiva) y limitada (anónima) y como tipo intermedio la comanditaria (art. 148 Cco).

Art. 148 Cco Todos los socios colectivos... quedarán obligados **personal y solidariamente** a las resultas de las operaciones de ésta...

La responsabilidad de los socios comanditarios... quedará **limitada** a los fondos que pusieren o se obligaren a poner en la comandita...

**Ψ** Por la forma de su constitución, las SL pueden ser presenciales o telemáticas. Estas últimas son: la SLNE (una especialidad de la sociedad de responsabilidad limitada), regulada por el Título XII (12) LSC (art. 434 y ss LSC), la SL de Formación Sucesiva y la SL ordinaria (CON y SIN estatutos tipo). Hitos destacables en el avance telemático de la SL:

\* La D Adic 3ª del TR LSC previó la utilización de un Documento Único Electrónico (DUE) para –entre otros- la constitución de SL. Ya ese mismo año un RD Ley 13/2010 dispuso la constitución de sociedades de responsabilidad limitada por vía telemática, con exención de pago de tasas (por publicación de la inscripción de la sociedad en el BORME) y reducción arancelaria (notarial y registral).

\* Los artículos [15](https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-10074&p=20150729&tn=1#civ) y [16](https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-10074&tn=1&p=20150729&vd=#a16) de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, como medida de apoyo a la iniciativa emprendedora, aparte otras medidas (Emprendedor de Responsabilidad Limitada -7 ss-, Sociedad Limitada de Formación Sucesiva –art. 4 bis TR LSC -, regulación de los PAEs y CIRCE -Puntos de Atención al Emprendedor, presenciales o electrónicos, que utilizan el sistema de tramitación telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresa –CIRCE-, cuya sede electrónica se ubica en el Ministerio de Industria, Energía y Turismo), contemplan el empleo de un **modelo de escritura pública estandarizado** –**CON** campos codificados- (modelo de escritura estandarizado publicado por OM JUS/1840/2015):

- en la constitución de SLs mediante **estatutos tipo** (art. 15). Dichos estatutos-tipo aparecen publicados por un RD (421/2015, de 29 de mayo)

- así como tb -en su caso- en la constitución de sociedades de responsabilidad limitada **SIN estatutos tipo**. En este caso los interesados podrán optar entre: tramitación electrónica del Estado (DUE+CIRCE), tramitación electrónica por el notario y registro fuera de este sistema (opción muy frecuente en la práctica), o tramitación no telemática (en papel y en persona).

**Clasificaciones legales**

Según el art. 122 Cco, tras la reforma de 25 de julio de 1989:

**Por regla general las sociedades mercantiles se constituirán adoptando alguna de las formas siguientes:**

**1ª. La regular colectiva.**

**2ª La comanditaria simple o por acciones.**

**3ª. La anónima.**

**4ª. La de responsabilidad limitada.**

Aunque el precepto parece enunciativo, la doctrina **rechaza las sociedades mercantiles atípicas** debido al alcance público que la sociedad y empresario tienen. Así resulta del art. 81 RRM que no prevé tal posibilidad.

Sin perjuicio de otras formas sociales, como

**AIE** (Agrupaciones de Interés Económico, L 29 de abril de 1991)

**Sociedades de garantía recíproca** (Ley 11 de marzo de 1994), **sociedades laborales** (Ley 14 de octubre 2015, de Sociedades Laborales y Participadas)

**Sociedades cooperativas** (L 16 de julio de 1999) y las

**Sociedades civiles profesionales** (las sociedades profesionales podrán constituirse con arreglo a **“**cualquiera” de las formas societarias previstas en las leyes, art. 1), cuya inscripción en el Registro Mercantil impone la Ley 15 de marzo de 2007, de Sociedades Profesionales (además de en los Registros de Sociedades Profesionales de los Colegios de cada una de las profesiones que constituyan su objeto))

Art. 1 LSC. **Son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones.**

Dentro de la LSC merece especial mención la **Sociedad Anónima Europea** (tipo social distinto) **y la Sociedad Limitada Nueva Empresa** (que no se configura como un tipo social nuevo, sino como una modalidad de sociedad limitada).

**LA SOCIEDAD MERCANTIL COMO CONTRATO**

La sociedad mercantil tiene su **origen en un contrato** pero una vez constituida, **adquiere personalidad jurídica**.

El contrato es el vínculo que une a los socios fundadores de la sociedad o los que posteriormente entren en la misma. Aunque tanto el Cco como la LSC así lo denominan (“contrato”), existen argumentos en contra de dicha naturaleza contractual.

No resultan aplicables las normas de los contratos bilaterales sinalagmáticos (dado que no existen propiamente contraprestaciones ni intereses contrapuestos entre los socios) y da lugar al surgimiento de una PJ. Por ello algunos prefieren hablar de negocio jurídico unilateral (Messineo); otros de contrato plurilateral (Ascarelli) o de organización (en el caso de las sociedades unipersonales, negocio unilateral de constitución).

**Elementos**:

**- Consentimiento** de al menos dos socios (en las personalistas) o de uno sólo (en la SA y SL, art. 12 LSC que admite la unipersonalidad originaria y sobrevenida).

- **Objeto**: hay que distinguir entre el **objeto del contrato** (que son las aportaciones) y el **objeto de la sociedad constituida** (objeto social).

- **Forma**. Art 117 Cco

**"El contrato de compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales del Derecho será válido y obligatorio entre quienes lo celebren, cualesquiera que sean la forma, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan, siempre que no estén expresamente prohibidas en este Código."**

Acoge el principio **de libertad de forma para la perfección del contrato** (es decir, para que surta efectos *inter partes*)*.* En las sociedades de capital, no obstante, hay que estar al artículo 20 LSC: *La constitución de las sociedades de capital exigirá* ***escritura pública****, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil.*

- Causa. Es el fin común que se proponen los socios con la constitución de la sociedad. Se distingue del objeto social (actividad o actividades instrumentales que realizará la sociedad para la consecución de dicho fin común).

**CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LA CAPACIDAD PARA CONSTITUIR SOCIEDADES**

Ante el silencio legislativo, la doctrina entiende que será necesaria la **capacidad para contratar y obligarse** y además se requerirá capacidad para disponer del bien aportado. Así:

. Los padres o el tutor pueden constituir la sociedad en nombre del menor o incapacitado. Pero si la aportación es de los bienes previstos en los arts. 166 o 271.2 Cc, se precisa autorización judicial.

. Menores emancipados: Pueden constituir sociedades, pero si aportan los bienes del art. 323 CC, necesitarán complemento de capacidad.

La RDGRN 6 Jun. 83 admitió la constitución de una SL con dos únicos socios, cónyuges entre sí, aportando bienes gananciales. Todavía más, la RDGRN 18 Oct 2005 admite la aportación de unos cónyuges, casados bajo régimen ganancial, de una mitad indivisa de una finca ganancial cada uno de ellos (mitad indivisa que, en realidad, no pertenecía a cada uno de esos cónyuges al no haberse liquidado la sociedad de gananciales); pues, aunque el aportante de cada una de esas mitades fuese uno de los cónyuges, disponía de ella con el consentimiento tácito del otro que comparecía y aportaba a la vez.

**Y PARA SER SOCIO**

En el caso de personas jurídicas que no sean sociedades se ha planteado si pueden constituir sociedades mercantiles. En principio, dependerá de su ley rectora:

+ La Ley de Fundaciones establece *limitaciones* para participar en sociedad mercantiles de responsabilidad ilimitada (REMISION tema 2).

+ En el caso de personas jurídicas públicas, el art. 84 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público contempla la existencia de sociedades mercantiles “estatales”, que se regirán por el derecho privado salvo en los casos en que sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación.

+ La DGRN se ha pronunciado recientemente admitiendo que puedan constituir sociedad las asociaciones, aunque por definición no tengan ánimo de lucro (Res 16 de noviembre de 2.005); o las cámaras de comercio (Res 4 octubre 2.005).

Cuestión distinta es cuál seas el órgano competente para constituirla. En principio, parece que corresponde al órgano rector (así lo ha afirmado la DGRN para el caso de cooperativas); pero si la constitución implica una modificación estructural de la sociedad (vg la sociedad originaria se convierte en una sociedad holding de la que cuelgan distintas filiales) la “competencia implícita” corresponderá a la junta general (a semejanza art. 160 LSC).

**LA SOCIEDAD UNIPERSONAL**

**Gramaticalmente** sociedad implica pluralidad. Por ello el art. 1665 CC y 116 CCo exigen pluralidad de socios y la DGRN tradicionalmente rechazó la posibilidad de una sociedad unipersonal, posición que se mantiene respecto a las sociedades personalistas, que se asientan en un entramado de relaciones obligatorias que por definición sólo son posibles entre dos o más socios.

Sin embargo, **razones prácticas** aconsejan su admisión en las sociedades de capital, con el fin de conseguir la responsabilidad limitada del empresario individual y evitar así una situación de desigualdad respecto del empresario social. Siguiendo otras legislaciones europeas, la **Directiva Comunitaria** **12ª,** 21 de diciembre de 1989, obligaba a incorporar la sociedad unipersonal al Derecho interno (o a optar por la concesión de responsabilidad limitada al empresario individual, figura reconocida en nuestro derecho por la Ley 14/2013 -«Emprendedor de Responsabilidad Limitada»-):

- En un primer momento, la sociedad anónima unipersonal sobrevenida fue reconocida por la RDGRN 21 junio 1990 (firmada por PAZ ARES), que califica VICENT CHULIA como un verdadero hito en la materia, la cual considera que la unipersonalidad no se opone a la idea de sociedad (pues en las capitalistas prima el aspecto institucional frente al contractual) ni a la de personalidad jurídica (partiendo de las teorías de la ficción).

- Legislativamente se reconoció por la LSRL 23 III 1995, cuyas disposiciones se declararon aplicables a la SA.

- En la actualidad, su régimen jurídico se contiene en el art 12 y ss LSC.

**TU TEMA DECIA LO QUE SIGUE** (pero creo que como sigue está más fácil de recordar)

CLASES

♣ **Originaria y sobrevenida** (sociedad constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones o las acciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio).

Ambas situaciones, así como la pérdida de tal situación o el cambio del socio único, se harán constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil (expresando necesariamente la identidad del socio único).

Efectos de la unipersonalidad sobrevenida:

. Transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad.

Esto no quiere decir que la unipersonalidad deba durar seis meses para originar esta responsabilidad (AVILA NAVARRO), sino que si no se publica la situación de unipersonalidad a los seis meses de producirse, el socio único responderá de las deudas contraídas durante ese plazo, aunque sea inferior a los seis meses.

. Inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad.

♣ Sociedades unipersonales privadas y **públicas** (cuyo capital es propiedad del Estado, Comunidades Autónomas o Corporaciones locales, o de organismos o entidades de ellos dependientes). Especialidades de las SU públicas:

+ No rigen para ellas los efectos de la unipersonalidad sobrevenida

+ Como toda SU, quedan sujetas al régimen de contratación del socio único con la sociedad unipersonal (transcripción en el “Libro-registro de contratos entre el socio único y la sociedad” y referencia expresa e individualizada en la memoria anual de la sociedad a estos contratos -a depositar en el RM-). Pero no a los efectos adversos del incumplimiento de dicho régimen:

En caso de concurso del socio único o de la sociedad, inoponibilidad a la masa de los contratos no transcritos y debidamente referenciados/depositados.

Durante el plazo de dos años a contar desde su celebración, responsabilidad del socio único frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de dichos contratos.

RÉGIMEN

En la SU el socio único ejercerá las competencias de la junta general. Sus decisiones del socio único se consignarán en acta, , bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad.

Señalar como particularidad de la sociedad Nueva Empresa (SNE, art. 434 y ss LSC) que no podrán constituir ni adquirir la condición de socio único de una sociedad nueva empresa quienes ya ostenten la condición de socios únicos de otra sociedad nueva empresa.