**DERECHO MERCANTIL**

**TEMA 5**

**LA SOCIEDAD MERCANTIL: CONCEPTO, NATURALEZA Y CLASES. PERSONALIDAD DE LA SOCIEDAD. EL OBJETO SOCIAL: SU DETERMINACIÓN Y EFECTOS. REQUISITOS GENERALES DE CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD MERCANTIL. LA SOCIEDAD IRREGULAR. DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES. LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA. LAS SOCIEDADES PROFESIONALES.**

**LA SOCIEDAD MERCANTIL: CONCEPTO, NATURALEZA Y CLASES.**

**Concepto.**

El artículo 1 del Código de Comercio de 22 de agosto de 1885 considera comerciantes a “las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código”.

Por su parte, el artículo 1665 del Código Civil de 24 de julio de 1889 dispone que “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”, mientras que el artículo 116 del Código de Comercio 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”.

**Naturaleza.**

En un sentido estricto, la sociedad es un contrato.

No obstante, en un sentido amplio, la doctrina mercantil considera que la sociedad es un negocio jurídico, categoría más amplia que la del contrato, cuya naturaleza se caracteriza por las siguientes notas:

1. Puede ser un negocio unilateral, ya que ciertas sociedades, como las anónimas o de responsabilidad limitada, pueden estar conformadas de forma originaria o sobrevenida por un socio único, conforme a los artículos 12 y siguientes del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2 de julio de 2010.
2. Tal negocio tiene un sustrato personal, sin perjuicio de que la sociedad exija la formación de un patrimonio común con las aportaciones de los socios.
3. Dicho negocio jurídico está presidido por la *affectio societatis* o colaboración en la promoción de un fin común.
4. La sociedad está presidida por la idea de obtener un lucro común partible.
5. El negocio jurídico da lugar al nacimiento de una persona jurídica, la sociedad, independiente de la persona de cada uno de los socios.

**Clases.**

Respecto a sus clases, la principal distinción es la que diferencia entre sociedad civil y mercantil. El artículo 1670 del Código Civil efectúa esta distinción, *prima facie*, por el objeto o actividad al que se dedique la sociedad, al disponer 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”.

Sin embargo, los artículos 1 y 116 del Código de Comercio, como he indicado, atienden a la forma de constitución de la sociedad, considerando mercantiles a las sociedades que se constituyan con arreglo a las disposiciones mercantiles.

Además, cuando se trata de sociedades de capital, el artículo 2 de su Ley reguladora indica que “cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil”.

Por ende, pueden existir sociedades mercantiles por su forma pero civiles por su objeto, pero tan sólo sociedades personalistas, las cuales se rigen por el Código de Comercio en lo que no se oponga al Código Civil y excluyendo siempre las normas relativas al estatuto del comerciante, al no serlo.

En segundo lugar, las sociedades mercantiles pueden clasificarse atendiendo a dos criterios:

1. Por el elemento predominante, pudiendo ser personalistas, cuando poseen una estructura organizativa simple y basada directamente en la persona de los socios, o de capital, cuando su estructura se caracteriza por la existencia de unos órganos cuyo número y competencias están legalmente configurados.
2. Por la responsabilidad de sus socios, que puede ser personal, solidaria e ilimitada, o limitada a la aportación al capital social.

El artículo 122 del Código de Comercio enumera las sociedades colectiva, comanditaria simple, comanditaria por acciones, anónima y de responsabilidad limitada. No obstante, esta enumeración es incompleta, pues no tiene en cuenta las sociedades laborales, las profesionales y las cooperativas.

Además, presentan peculiaridades de su régimen jurídico que las convierten en específicos tipos societarios las sociedades de capital unipersonales y las cotizadas.

**PERSONALIDAD DE LA SOCIEDAD.**

El artículo 116 del Código de Comercio dispone que “una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”.

Conforme al artículo 119 del Código de Comercio y 20 de la Ley de Sociedades de Capital, los requisitos de constitución de la sociedad mercantil son el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil.

Tal inscripción es constitutiva de la personalidad jurídica de las sociedades de capital, conforme al artículo 33 de su Ley reguladora. En cambio, en las sociedades personalistas la inscripción es meramente declarativa, a los solos efectos de publicidad.

**EL OBJETO SOCIAL: SU DETERMINACIÓN Y EFECTOS.**

El objeto social es la actividad o actividades que va a desarrollar la sociedad, y que en las sociedades de capital debe figurar en los estatutos de la sociedad, conforme al artículo 23 de su Ley reguladora, planteándose el problema de si la capacidad de la sociedad viene limitada por su objeto social o, por el contrario, es consecuencia de la personalidad jurídica y, por ende, ilimitada.

En España, la regla general es la capacidad general, y por ello precisamente los artículos 117 y 178 del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996 disponen que no podrán incluirse en el objeto social los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en él.

No obstante, una excepción a esta regla de la capacidad limitada puede darse en las sociedades profesionales, a las que luego me referiré.

**REQUISITOS GENERALES DE CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD MERCANTIL.**

El artículo 119 del Código de Comercio expresa que “toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil”.

Sin embargo, el artículo 117 del Código de Comercio dispone que “el contrato de compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales del Derecho será válido y obligatorio entre los que lo celebren”.

Además, el artículo 20 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que su constitución “exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil”.

Doctrina y jurisprudencia interpretan estos preceptos del modo siguiente:

1. Para que exista una sociedad personalista basta con que concurran los requisitos del artículo 1261 del Código Civil, consentimiento, objeto y causa, no siendo necesaria ninguna formalidad especial, sin perjuicio de que la sociedad personalista no constituida en escritura pública, o cuya escritura constitutiva no haya sido inscrita en el Registro Mercantil, sea una sociedad irregular.
2. En cambio, en las sociedades de capital el otorgamiento de escritura pública es requisito formal *ad solemnitatem*, por lo que antes del otorgamiento de dicha escritura no existe sociedad de capital, y tras su otorgamiento la sociedad será irregular mientras no se inscriba en el Registro Mercantil.

**LA SOCIEDAD IRREGULAR.**

Por ende, una sociedad irregular es aquella a la que le falta la inscripción registral pero, a pesar de ello, actúa en el tráfico como tal sociedad.

El problema de la sociedad irregular es la protección de los terceros, y por ello nuestro ordenamiento jurídico sienta el principio de que no se beneficie de la irregularidad quien es su causante o la conoce, si bien este principio tiene un tratamiento jurídico diferentes en función del tipo de sociedad, de forma que:

1. En las sociedades personalistas la inscripción es meramente declarativa, de modo que la sociedad existe conforme a su tipo sin inscripción. Por ello, la irregularidad no afecta a las relaciones internas de los socios, y tampoco a las relaciones externas, aunque con arreglo al artículo 21 del Código de Comercio el contrato social no será oponible a tercero, salvo que éste lo conociera por vía extrarregistral.
2. En las sociedades capitalistas, tanto el otorgamiento de la escritura pública como su inscripción registral son requisitos constitutivos, y por ello los artículos 36 y siguientes de la Ley de Sociedades de capital regulan específicamente la sociedad en formación y la sociedad devenida irregular, destacando las siguientes reglas:
3. Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción, responderán solidariamente quienes los hubiesen celebrado.
4. Por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, responderá la sociedad en formación y los socios hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar.
5. Una vez inscrita, la sociedad quedará obligada por los citados actos y contratos, así como por los que acepte en los tres meses siguientes a su inscripción, cesando la responsabilidad solidaria de socios y administradores.
6. Una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones, y cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad.

**DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES.**

El artículo 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 25 de marzo de 1957 dispone que las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones sobre libertad de establecimiento, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Además, las sociedades mercantiles han sido objeto de regulación por las normas europeas, con reglamentos específicos para las agrupaciones europeas de interés económico y las sociedades cooperativas europeas, siendo especialmente intensa la armonización de la normativa sobre buen gobierno corporativo, especialmente de las sociedades cotizadas, y sobre digitalización.

**SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA.**

La sociedad anónima europea es una sociedad anónima con domicilio en España que participa en operaciones de reestructuración societaria de alcance transnacional.

Está regulada por el Reglamento europeo de 8 de octubre de 2001 y los artículos del 455 a 494 de la Ley de Sociedades de Capital, y su principal especialidad radica en que los estatutos deben optar por uno de los siguientes sistemas de administración:

* 1. O el previsto para las sociedades anónimas.
  2. O un sistema dual en el que existe una dirección de composición y funciones similares a las de los administradores de una sociedad de capital, y un consejo de control que podrá acordar que determinadas operaciones de la dirección se sometan a su autorización previa.

**SOCIEDADES PROFESIONALES.**

Las sociedades profesionales están reguladas por su propia Ley de 15 de marzo de 2007, y sus reglas esenciales son las siguientes:

1. Sólo pueden tener por objeto el ejercicio de una profesión titulada, o de varias que no sean legalmente incompatibles.
2. Si la sociedad tiene tal objeto, necesariamente debe configurarse como sociedad profesional.
3. Pueden revestir cualquier forma societaria legalmente prevista.
4. Coexisten en ellas socios capitalistas y socios profesionales, teniendo tal condición los profesionales personas físicas y las sociedades profesionales que participen en otra sociedad profesional.
5. La mayoría del capital social y de los derechos de voto, o la mayoría del patrimonio social y del número de socios en las sociedades personalistas, deben pertenecer a los socios profesionales.
6. Su constitución exige, junto al resto de requisitos legales, inscripción en el registro de sociedades profesionales del colegio profesional correspondiente.
7. Existen reglas especiales que se separan del régimen ordinario de las sociedades, como la exigencia de que el contrato social determine la participación de los socios en los resultados y el sistema de reparto, la intransmisibilidad de la condición de socio profesional sin el consentimiento unánime o mayoritario de los demás socios profesionales, o la separación *ad nutum* de los socios profesionales.

José Marí Olano

6 de noviembre de 2022