**Tema 7 LA SOCIEDAD MERCANTIL COMO PERSONA JURÍDICA. LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD: ESCRITURA PÚBLICA E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL. CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD. DENOMINACIÓN, DOMICILIO Y NACIONALIDAD**

**LA SOCIEDAD MERCANTIL COMO PERSONA JURÍDICA**

La SOCIEDAD MERCANTIL es una institución jurídico-privada que puede analizarse como contrato (más visible en las sociedades de estructura personalista, REMISIÓN tema anterior) y como persona (vertiente corporativa o institucional), objeto del presente tema.

PAZ-ARES diferencia entre sociedad interna y externa:

. La primera sólo produce efectos obligatorios entre las partes. Es un mero contrato (como la societas romana). Se rige por las normas del Código Civil.

. La sociedad externa supone la creación, por voluntad de las partes, de un ente dotado de personalidad jurídica. Según su objeto y forma se rige por Cc/Cco/LSC.

&

La personalidad jurídica atribuye a una colectividad de socios un determinado régimen jurídico caracterizado por:

Individualidad (propio nombre, nacionalidad, domicilio y relaciones jurídicas).

Plena capacidad jurídica y de obrar.

Patrimonio autónomo, sin responsabilidad de los socios (SA y SL) o responsabilidad subsidiaria de los socios colectivos (237 Cco)

A combatir el fraude o abuso de la personalidad jurídica, su "ejercicio antisocial", contribuye la doctrina del “levantamiento del velo”, oriunda de EEUU y admitida en España a partir de la STS 28 Octubre 1984.

**LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD:**

Frente al principio de libertad de forma del art. 51 Ccom, el art. 119 exige que la sociedad mercantil se constituya “*en escritura pública y que se inscriba en el Registro Mercantil*”, adquiriendo entonces PERSONALIDAD JURÍDICA (116).

**Art 116 Cco... Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.**

**119 Cco 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.**

**A las mismas formalidades quedan sujetas las escrituras adicionales que de cualquier manera modifiquen o alteren el contrato primitivo de la Compañía.**

**Los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social.**

♣ Tradicionalmente se ha mantenido que la sociedad mercantil adquiere su personalidad jurídica una vez se hayan cumplido EP + Inscripción en el RM.

♣ Sin embargo, el artículo 117 dispone:

Art 117 Cco **El contrato de compañía mercantil celebrado** con los requisitos esenciales del Derecho **será válido y obligatorio entre los que 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.

. Ex art 117 la doctrina defiende que tales requisitos (EP e Inscripción) no son constitutivos (a salvo lo especialmente dispuesto en materia de sociedades de capital). Basta la mera exteriorización de la sociedad en el tráfico (publicidad de hecho) para que adquiera cierto grado de personificación.

El artículo 119 se interpreta como requisito NO de validez del contrato sino de su “*regularidad*” (sin escritura no hay inscripción y la sociedad deviene irregular). Exigencia de EP a efectos probatorios y de inscripción de bienes inmuebles *a su nombre* en el RP.

Solución *parecida* al art 1669 Cc para la sociedad civil (libertad de forma, salvo aportación de inmuebles 1667 Cc).

. La única excepción la encontramos en las sociedades de capital.

Art 20 LSC **La constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil.**

Art 33 LSC  **Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido.**

El verbo “exigir” y su tiempo imperativo utilizado en el art. 20 hace pensar a doctrina y jurisprudencia que en estos casos la escritura si tiene consideración de requisito de validez.

**ESCRITURA PÚBLICA E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL**

EP Como queda dicho, a juicio de la generalidad de la doctrina **la Escritura** es **requisito de la inscripción, no del contrato** (salvo art 20 LSC).

INSCRIPCIÓN

**- Es obligatoria** (arts 116 y 119 Cco y 81 RRM). Los Notarios están obligados a hacer la oportuna advertencia.

- Es requisito de **oponibilidad** frente a tercero, junto con la publicación en el BORME.

- Es necesaria para **inscribir otros documentos** (principio tracto sucesivo, art. 11 RRM).

- Es **requisito para inscribir en el RP bienes inmuebles** Art 383 RH.

Se plantea la relación de la inscripción con la adquisición de personalidad jurídica. Existen dos posturas:

+ La inscripción es determinante de la personalidad jurídica.

+ La inscripción determina la adquisición de una forma específica de personalidad (de *“su”* personalidad, definida por los rasgos típicos de la forma societaria adoptada). Esta segunda postura (que admite distintos grados de personalidad, provisional -sociedad en formación-, básica -sociedad irregular- y plena -la del tipo social elegido por las partes-) ha sido la predominante, particularmente en las sociedades de capital:

. En la doctrina

. La STS 17 de enero 2001 reconoce a la sociedad en formación e irregular cierta “personificación” antes de la inscripción, no sólo ad intra (entre socios) sino ad extra (vg ADMITE TERCERIA DOMINIO)

. La RDGRN 22 abril 2000, al admitir la inscripción en el RP de la adquisición de un inmueble, no a nombre de la sociedad, sino a nombre de todos los socios, con carácter provisional, hasta su inscripción.

**.** La Ley, art 33 LSC (Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido)

**CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD**

**Art. 38 Cc** **Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de toda clase, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución**

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho anglosajón (en el que la capacidad de las sociedades viene determinadas por el objeto), en el Derecho español doctrina y jurisprudencia consideran que la capacidad es consecuencia de la personalidad jurídica y que, por tanto, no puede venir limitada por el objeto o fin para el que se constituyó la sociedad. Y ello con independencia de que:

En ocasiones la ley, en función del objeto, impone adoptar la forma de anónimas (Bancos, Seguros, etc) o determina ciertas bonificaciones o exenciones fiscales.

+ En las sociedad mercantiles personalistas, a diferencia de las SC, no es preciso que el objeto esté determinado (art 209 RRM). Ello no significa, sin embargo, que carezca de relevancia: 1670 Cc.

+ En cambio los arts. 117 y 178 RRM (SA/SL respectivamente) y art. 23 LSC exigen para las SC que el objeto social **se haga constar en los Estatutos, determinando las actividades que lo integran**.

* Art **56** LSC El objeto social *contra el orden público* es causa de nulidad. También *no expresarse en los estatutos* el objeto social.
* Cuando se cumple o no se puede cumplir el objeto es causa de disolución (art. **363** LSC).

Como la sociedad carece de realidad física/psíquica, opera a través de sus órganos respectivos (la mal llamada “representación” orgánica). Siguiendo directrices comunitarias el art. **234 LSC** fija un amplio ámbito al poder de representación:

234 LSC 1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos.

Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.

2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.

CONEXIÓN con art. 160 LSC (REMISION)

Cuestión debatida ha resultadoo la capacidad de las sociedades para realizar actos a título gratuito, pues casan mal con su finalidad lucrativa. La RDGRN 20 enero 2015 los admite, formulando interesantes consideraciones:

. Actualmente la adopción de un tipo u otro de sociedad es sólo una decisión de organización, de modo que pueden existir sociedades de capital sin base empresarial y ánimo de lucro (prevaleciendo en ellas su elemento estructural u organizativo).

La DGRN admite que puedan constituir SC las asociaciones, que por definición carecen de ánimo de lucro (Res 16 noviembre 2005); o las cámaras de comercio (Res 4 octubre 2005).

También las fundaciones pueden participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales (arts. 24-26 LF).

. Aun con ánimo de lucro, nuestro sistema parte del reconocimiento de la plena capacidad jurídica y de obrar de las sociedades mercantiles

. Hay que distinguir entre el objeto social y los llamados **actos aislados** que, aun otorgados con carácter de liberalidad, son admisibles (ej. regalos de propaganda, donación remuneratoria a un antiguo empleado, solidaridad social)

. Toda donación ha de cumplir las **normas imperativas sobre protección del capital** social. Por ello, salvo en los casos aislados mencionados, las donaciones por las sociedades deberán hacerse con cargo a beneficios o reservas libres *(admitirlas con cargo al capital/reserva legal implicaría una restitución de aportaciones sin observancia de los requisitos exigibles a toda disminución de capital)*

**DENOMINACIÓN**

Es un atributo esencial de la personalidad jurídica y signo indispensable que identifica una persona jurídica en el tráfico mercantil como sujeto de relaciones jurídicas.

**℘** No se confunde con el nombre comercial (que igualmente identifica a una empresa en dicho tráfico mercantil), que sirve a distinguirla de otras empresas con actividades idénticas o similares-, REMISION tema 5):

No tienen por qué coincidir. Y si bien una sociedad sólo puede tener una denominación social puede ser titular de varios nombres comerciales.

Operan en ámbitos diferentes (en símil con la PF, la denominación sería el nombre *civil* y el nombre comercial su nombre *artístico*):

Todo ello sin perjuicio de la prohibición de otorgamiento de denominaciones sociales a PJ que puedan originar confusión con una marca o nombre comercial **notorios o renombrados**, salvo autorización del titular de la marca o nombre comercial (DAdic 14ª LM).

**℘** Por ello:

. Es la primera mención de los estatutos sociales.

. Es un requisito de validez para su constitución, cuya omisión determinaría la nulidad de la sociedad inscrita (arts 23 y 56 LSC).

. Llevanza de una sección de denominaciones en el Registro Mercantil Central. Reglas:

**PROHIBICIÓN DE IDENTIDAD**

Art. **407** RRM 1. No podrán inscribirse en el Registro Mercantil las sociedades o entidades cuya denominación sea idéntica a alguna de las que figuren incluidas en la Sección de denominaciones del Registro Mercantil Central.

Para acreditar esta circunstancia, se presentará al Notario certificación negativa de la Sección de Denominaciones del RMC con una vigencia tres meses, transcurridos los cuales deberá solicitarse una *nueva* con la misma denominación (art 414 RRM).

Se trata en realidad de una renovación pues la denominación goza de una reserva temporal de denominación durante 6 meses, contados desde la certificación inicial (art 412 RRM).

2. Aun cuando la denominación no figure en el RMC, el Notario no autorizará ni el Registrador inscribirá sociedades o entidades cuya denominación les conste por notoriedad que coincide con la de otra entidad preexistente, sea o no de nacionalidad española.

Recordar la D Adicional 11ª Ley Marcas

Arts **416 y 419** Las denominaciones de sociedades y entidades inscritas que cambien su denominación o que se extingan, caducarán transcurrido un año cancelándose de oficio.

**UNIDAD**

(398) Las sociedades y demás entes inscribibles solo podrán tener una denominación.

. Las siglas o denominaciones abreviadas no podrán formar parte de la denominación, salvo las siglas indicativas del tipo de sociedad o entidad.

. (399) Debe formarse con letras del alfabeto de cualquiera de las lenguas oficiales españolas, pudiendo incluir guarismos árabes o números romanos.

**VERACIDAD**

Art 400 Las sociedades **personalistas** deben tener una denominación subjetiva o razón social, en la que figurarán necesariamente el nombre y apellidos (o sólo uno de los apellidos) de todos los socios colectivos, de algunos de ellos o de uno solo (añadiéndose en estos dos últimos casos la expresión «y compañía» o su abreviatura «y cía»)

Si el socio colectivo perdiera su condición, la sociedad está obligada a modificarla de inmediato.

En las **SA/SL** la denominación puede ser:

**Subjetiva**; si la persona es socia y si deja de serlo no podrá exigir que se cambie la denominación, salvo si se hubiese reservado expresamente este derecho.

**Objetiva**; referida a una o varias de las actividades comprendidas en el objeto.

**De fantasía**.

**LICITUD**

(404) No podrán incluirse expresiones contrarias a la Ley, al orden público a las buenas costumbres.

Se prohíben también expresamente las denominaciones oficiales españolas o extranjeras (405) así como las que induzcan a error en el tráfico mercantil sobre la clase, naturaleza o identidad de la sociedad (406)

**DOMICILIO**

Es la sede legal y jurídica de la sociedad. Dados sus importantes efectos debe **constar en los Estatutos** y en la inscripción en el **RM**.

Su elección es facultativa (art 41 CC):

Cuando ni la ley que las haya creado o reconocido, ni los estatutos o las reglas de fundación fijaren el domicilio de las personas jurídicas, se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto.

Sin embargo, para las sociedades capitalistas, disponen los arts.

9 LSC La sociedad fijará su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección o en que radique su principal establecimiento o explotación.

Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España.

10 LSC En caso de discordancia entre el domicilio registral y el que correspondería según el artículo anterior, los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos.

**EFECTOS**

- Determina la **nacionalidad** (art 8 LSC).

- Determina *en principio* (175 LSC) el **lugar de celebración de las Juntas Generales** que no sean Universales.

- Determina la **competencia del Registro Mercantil** (17 RRM).

- Determina *en principio* la **competencia de los Tribunales** (51 LEC).

- Se le considera como **domicilio fiscal**, si en él radica el centro de la efectiva dirección y administración.

**CAMBIO DE DOMICILIO** Supone modificar los Estatutos. Ahora bien, como excepción a la regla general (la modificación de los estatutos es competencia de la Junta General), salvo disposición contraria de los estatutos el órgano de administración es competente para cambiar el domicilio social dentro del territorio nacional (art. 285). IDEM PARA ACORDAR LA CREACIÓN, SUPRESIÓN O TRASLADO DE SUCURSALES (art 11 LSC)

El traslado del domicilio al extranjero origina en las sociedades capitalistas, **derecho de separación** (art 346 LSC)

En el **DERECHO COMUNITARIO**, el domicilio tiene especial interés en relación con la libertad de establecimiento: traslado internacional del domicilio social, sucursales y SAE.

**♣ TRASLADO DE DOMICILIO A TERRITORIO NACIONAL** (309 RRM)

Se harán constar en la primera inscripción todos los actos y circunstancias de consignación obligatoria conforme a la normativa española (vigentes en el Registro extranjero).

Dicha inscripción se practicará en virtud de certificación literal o traslado de la hoja o expediente del Registro extranjero. Será preciso, además, el depósito simultáneo en el Registro Mercantil de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio.

**♣ SUCURSALES**

Se entiende por sucursal todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión, a través del cual se desarrollen, total o parcialmente, las actividades de la sociedad (art. 295 RRM). El RRM regula por separado:

- Inscripción de la primera sucursal establecida por sociedad extranjera. En ella constarán los datos relativos a la sociedad (presentando a tal efecto y debidamente legalizados, los documentos que acrediten la existencia de la sociedad, sus estatutos vigentes y sus administradores... así como el documento por el que se establezca la sucursal)

- Inscripción de su segunda o posterior sucursal.

- Actos posteriores (**cambio de denominación y domicilio de la sociedad, el cese, renovación o nombramiento de nuevos administradores**, la disolución, el nombramiento de liquidadores, el término de la liquidación).

- Cierre de la primera sucursal de sociedad extranjera.  No podrá cerrarse su hoja si existen otra(s) sucursal(es) en España, sin previa acreditación del traslado a la hoja de cualquiera de ellas de los datos relativos a la sociedad.

**♣ SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA FILIAL (**309 bis RRM) Se inscribirá en el Registro Mercantil de su domicilio, identificando a las sociedad/entidad matriz

**♣ SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA (art 455 ss LSC)** Es una estructura legal que permite que una empresa opere en distintos países de la Unión Europea (UE) con un único estatuto, el Reglamento UE SAE 2001 (las domiciliadas en España se rigen además por el art. 455 y ss LSC)

Este reglamento opta por el principio de sede real (su “administración central”), aunque contiene alguna concesión al sistema de constitución.

Se facilita el traslado internacional del domicilio de la SAE si bien con ciertas medidas de garantía: a favor del Estado (art 464 LSC, derecho de oposición por razones de interés público); los socios (derecho de separación) y los acreedores (derecho de oposición en términos similares a la fusión).

**Y NACIONALIDAD**

Hay una aparente contradicción entre los

Art. 28 CC (DOMCILIO) Las corporaciones, fundaciones y asociaciones reconocidas por la ley y **domiciliadas** en España, gozarán de la nacionalidad española siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código.

Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los Tratados o leyes especiales.

**y**

15 Cco (CONSTITUCION) Los extranjeros y las compañías **constituidas** en el extranjero podrán ejercer el comercio en España con sujeción a las Leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación.

Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados y Convenios con las demás potencias.

+ RDGRN 17 IV 1953 exige domicilio y constitución, de acuerdo con ambos Arts.

+ Sin embargo, para las **sociedades capitalistas** rigen los arts 8 y 9.2 (ya visto)

Artículo 8 LSC. Serán españolas y se regirán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido.

REMISION tema 16 civil.