

**XXIV CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO
EN MÉXICO – AÑO 2004**

**TEMA III
LA PERSONA JURÍDICA EN EL TRÁFICO NACIONAL E INTERNACIONAL**

PONENCIA NACIONAL DE ALEMANIA

**DR. JÖRG BUCHHOLZ
NOTARIO
HAAGSTRAÙE 4
D-47441 MOERS**

**DR. EBERHARD KLEIN
NOTARIO
NEIKESSTRAÙE 5
D-66111 SAARBRÜCKEN**

Contenido

Primera parte

I. Las personas jurídicas de naturaleza privada	4
A. Personalidad legal en general	4
B. La personalidad de las personas jurídicas	10
II. Distinción entre los diversos tipos de personas jurídicas de naturaleza privada	12
III. Origen y fundamentos de la personalidad jurídica de manera particular y específica en los distintos tipos y especies de personas jurídicas	16
IV. Órganos de administración y la representación de las personas jurídicas de naturaleza privada	20
V. Modificaciones estatutarias	22
VI. La persona jurídica de naturaleza privada en el ámbito del Derecho Internacional Privado	23
1. Reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas jurídicas extranjeras en la República Federal de Alemania	23
2. Derecho aplicable	25
3. Acuerdos internacionales	26
4. Pruebas sobre la existencia y representación de personas jurídicas extranjeras	27
5. Prueba de autenticidad con relación a documentos extranjeros	28

Segunda Parte

Cuestionario

1. Disposiciones legales nacionales sobre personas jurídicas de naturaleza privada	30
2. Tipos de personas jurídicas de naturaleza privada y sus características esenciales	30
3. Subcategorías	37

4. Requisitos sustanciales o esenciales para la constitución de cada uno de los diversos tipos y especies de personas jurídicas	40
5. Requisitos formales para la constitución	47
6. Necesidad de un registro para el acto constitutivo, modificadorio o de designación de administradores o representantes de las personas jurídicas	53
7. Verificaciones antes de la inscripción en el registro	55
8. Efectos jurídicos de la inscripción en el registro	59
9. Requisitos sustanciales y formales de la modificación de los estatutos Requisitos de intervención notarial	63
10. Administración y representación de las personas jurídicas de naturaleza privada	67
11. Facultades y limitaciones de los órganos de representación	73
12. Prueba de la designación de los órganos de representación	77

Tercera Parte

Recomendaciones sobre la intervención notarial en la constitución de personas jurídicas de naturaleza privada, así como certificados notariales de existencia y representación	80
--	----

Primera parte

I.

Las personas jurídicas de naturaleza privada

1. Elementos comunes a las personas jurídicas de naturaleza privada

A. Personalidad jurídica en general

a) Concepto

El término "*persona jurídica*" designa una unidad organizativa supraindividual a la que el ordenamiento jurídico asigna capacidad jurídica propia¹. La persona jurídica deriva, desde un punto de vista ideológico, de la persona física o natural. El artículo 1 del Código civil alemán (BGB) reconoce la capacidad jurídica de las personas, es decir, que la persona como sujeto de derecho es titular de derechos y obligaciones. Entre las personas físicas pueden nacer relaciones jurídicas de contenido heterogéneo derivadas de negocios jurídicos o en virtud de disposiciones legales. Cuando varias personas físicas se ponen de acuerdo para la consecución de un fin común puede resultar conveniente que la comunidad que se constituya para ello tenga a su vez capacidad jurídica, es decir, que ella misma también pueda ser titular de derechos y obligaciones. Cuando esa comunidad – al igual que una persona física – posee capacidad jurídica propia, distinta de la de sus miembros y con independencia de la permanencia o variabilidad de éstos, se habla de persona jurídica. La persona jurídica es una construcción artificial, ya que pese a no estar vinculada a las personas físicas puede ser también titular de derechos y obligaciones como éstas últimas. Esto hace posible la coordinación de los recursos de varias personas sin que se origine una responsabilidad de cada una de ellas, al mismo tiempo que facilita su participación en el tráfico jurídico y se logra, como consecuencia de la independencia de sus miembros, una naturaleza en cierto modo imperecedera ("perdurabilidad").

Los miembros de la persona jurídica participan en ella sólo patrimonialmente, pues, en principio, se excluye la participación o la responsabilidad personal propia de los socios con respecto a los derechos u obligaciones de la persona jurídica. Dejando a un lado los derechos y negocios jurídicos que competen sólo a las personas físicas (nacionalidad, celebración de matrimonio y otorgamiento de testamento), las personas jurídicas pueden actuar en la vida jurídica como cualquier persona. Larenz² habla de una analogía con las personas físicas que, como toda analogía, sólo puede entenderse de forma limitada. Esta limitación significa que a las personas jurídicas sólo se les asigna una capacidad jurídica limitada. Sólo las personas físicas tienen capacidad jurídica plena en sentido propio, mientras que la capacidad jurídica de las personas jurídicas sólo existe en un

¹ Coing en *Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 11ª ed., 1954, Introducción al art. 21, nº 2.

² Larenz/Wolf: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8ª ed., 1997, art. 9º nº 12.

determinado sentido, derivado de la personalidad jurídica de los miembros³. Así, la capacidad de las personas jurídicas en materia de derechos fundamentales está limitada según el apartado 3 del artículo 19 de la Ley Fundamental alemana (GG) de forma que los derechos fundamentales sólo son aplicables a las personas jurídicas en la medida en que puedan serles de aplicación según la naturaleza de éstas.

La capacidad jurídica limitada no debe confundirse con la doctrina *ultra vires*, que no es de aplicación en el Derecho Civil alemán⁴. La capacidad jurídica de las personas jurídicas es fundamentalmente independiente de la finalidad para la que han sido constituidas según sus estatutos⁵. Las limitaciones con eficacia frente a terceros sólo afectan a la capacidad de obrar si están previstas por la ley. Sólo existe una disposición legal de ese tipo para las asociaciones con capacidad jurídica (frase 2, apdo. 2, art. 26 del BGB).

Otra característica esencial de las personas jurídicas es la existencia de órganos. Además de la Junta General, es obligatorio que exista un Consejo de Dirección. La persona jurídica participa en el tráfico jurídico por medio del Consejo de Dirección. Las actuaciones de este órgano no se atribuyen a la persona jurídica con carácter de representación, sino que tiene lugar una actuación propia de la persona jurídica a través de sus órganos. La discusión anterior entre la teoría del órgano y la teoría de la representación se ha zanjado en la decisión del legislador, al menos en el ámbito del artículo 31 del BGB, en favor de la teoría del órgano⁶. En el caso de las personas jurídicas, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar no pueden concebirse por separado⁷.

Representan un caso especial las fundaciones con capacidad jurídica que en lugar de tener socios están constituidas por un patrimonio especial con capacidad jurídica, que sólo cuenta con órganos para el cumplimiento de la tarea que les ha sido encomendada. Desde un punto de vista terminológico, en el caso de personas jurídicas con socios se habla de asociaciones. Las asociaciones que se constituyen con una duración determinada, aparecen en el tráfico externo como una unidad y tienen capacidad jurídica se denominan corporaciones⁸.

b) Fundamentos

Las personas jurídicas deben diferenciarse de otras comunidades de personas y patrimonios especiales⁹ (sin personalidad jurídica)¹⁰¹¹. Se trata en primer lugar de la

³ Schwab: *Einführung in das Zivilrecht*, 2002, n° 138.

⁴ Sin embargo, esta limitación de la capacidad jurídica sí se reconoce a las personas jurídicas de Derecho Público. Véase Hadding, en Soergel: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13^a ed., 2000, art. 21 n° 25 con otras referencias

⁵ Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 2^a edición, 1994, pág. 184.

⁶ Distinta argumentación en Karsten Schmidt, op.cit., pág. 212 y ss. (215 y s.).

⁷ Hadding, op.cit., art. 21 n° 22

⁸ Larenz/Wolf, op.cit., art. 9 n° 2.

⁹ Fundación sin capacidad jurídica, masa de la quiebra

sociedad civil (GbR, véase art. 705 y ss. del BGB) como modelo básico, la sociedad colectiva (oHG, véase art. 105 y ss. del Código de Comercio alemán, HGB) y la sociedad en comandita (KG, véase art. 161 y ss. del HGB). Además, la asociación registrada sin ánimo de lucro (eV, art. 54 del BGB), la Asociación Europea de Intereses Económicos (EWIV), la asociación en participación según la Ley de Asociaciones en Participación de 23 de julio de 1994, la comunidad de bienes entre cónyuges (art. 1415 y ss. del BGB), la comunidad hereditaria (art. 2032 y ss. del BGB), la copropiedad (art. 489 del HGB) y la asociación de autores (art. 8 de la Ley alemana sobre Derechos de Autor, UrhG). En todas estas comunidades de personas mencionadas, los partícipes mantienen entre sí una relación de mancomún (*comunidad mancomunada*).

- La relación entre los socios

Un importante criterio de delimitación consiste en que, según el esquema legal, la comunidad mancomunada no prevé la libre variabilidad de los miembros, sino que se disuelve, por ejemplo, por la muerte de uno de ellos (véase art. 727 del BGB en relación con la sociedad civil). Ello tiene su fundamento en la justificación contractual de la asociación de personas¹², que se corresponde con el principio de los órganos natos, que tiene como consecuencia que todos los miembros en común están autorizados y obligados a participar en la administración y la representación (véanse art. 709 y 714 del BGB en relación con la sociedad civil y apdo. 1 del art. 2038 y art. 2040 del BGB en relación con la comunidad hereditaria). Por lo tanto, en las asociaciones de personas existe por un lado una relación jurídica de cada miembro frente a la asociación y por otro, una relación jurídica entre los propios miembros. En el caso de las personas jurídicas se parte, sobre la base de la teoría normativa modificada en vigor¹³, de una justificación de los estatutos basada en negocios jurídicos¹⁴, pero los estatutos así concebidos se tratan como derecho objetivo¹⁵. Esto da lugar a que sólo exista una relación jurídica entre el miembro en particular frente a la persona jurídica, pero no entre los miembros entre sí. En consecuencia, en el contexto de las personas jurídicas, el principio de la mayoría es un concepto tan esencial como el principio de la unanimidad en las otras asociaciones de personas. De ahí se infiere además la previsión del legislador de que la persona jurídica

¹⁰ No se tienen en cuenta otras formas de comunidad o sociedad como la comunidad por cuotas (art. 741 y ss. BGB), la sociedad tácita (art. 230 y ss. HGB), los conjuntos de acreedores y deudores (art. 420 y ss. BGB).

¹¹ Véase Karsten Schmidt, op.cit., pág. 176 y ss.

¹² Por eso, no es aplicable a la comunidad hereditaria, que nace en virtud de la ley y está orientada exclusivamente a la partición. Con esta justificación, el BGH ha negado también la capacidad jurídica a la comunidad hereditaria. Tribunal Federal Supremo de 11.9.2002, Exp. XII ZR 187/00 = www.dnoti.de (el texto completo de las sentencias judiciales relevantes para el notariado se encuentra dentro del título "Base de datos").

¹³ Véase Schwarz en Bamberger/Roth: *Kommentar zum BGB*, 2003, art. 21 n° 28 con otras referencias

¹⁴ Según la teoría contractual defendida por Thur, véase von Tour: *Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuches*, tomo 1º, 1910, art. 34 I, 35 II (citado según Schwarz op.cit.).

¹⁵ Según la teoría normativa defendida por von Gierke, véase von Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, 1902, pág. 29 y ss. (citado según Schwarz, op.cit.).

debe contar básicamente con dos órganos: Consejo de Dirección y Junta General. A la Junta General le corresponde decidir sobre todos los asuntos, salvo que la ley o los estatutos los atribuyan a otros órganos. Con la Junta General quedan garantizados los derechos de los miembros ya que de lo contrario, debido a la falta de una relación jurídica de los miembros entre sí, no existiría ningún foro adecuado para ello.

- Relación de los miembros con la asociación de personas

En el caso de las personas jurídicas, los socios no tienen en principio ninguna responsabilidad personal y, a la inversa, la persona jurídica no responde de las obligaciones de sus socios (*principio de separación*)¹⁶. Este principio de separación tan sólo se quiebra excepcionalmente mediante la denominada *Penetración o Responsabilidad velada*. De esta forma, puede existir una responsabilidad personal cuando los socios de la persona jurídica hacen un uso fraudulento de la forma jurídica de la persona jurídica y el resultado es contrario a la buena fe¹⁷. En este contexto son ya expresiones hechas los casos de confusión patrimonial, la infracapitalización y la responsabilidad del consorcio¹⁸.

A diferencia de la persona jurídica, en la cual los derechos y obligaciones corresponden no a sus socios, sino únicamente a la propia persona jurídica, la esencia de la comunidad mancomunada consiste en que los derechos y obligaciones corresponden a la mano común en sentido amplio. Así, por ejemplo, cada socio – junto con los demás – es propietario del patrimonio inmobiliario de la sociedad y no por ejemplo de una parte alícuota. Los derechos de cada titular de la mano común abarcan todo el patrimonio de la mano común, pero están restringidos por los derechos de idéntico contenido de los demás titulares de la mano común¹⁹. Las disposiciones sobre el patrimonio inmueble sólo pueden tomarse de común acuerdo por todos los titulares de la mano común. A la inversa, éstos responden de las obligaciones de la sociedad además de con el patrimonio vinculado a la mano común también personalmente²⁰. La mano común puede ser también un sujeto de

¹⁶ Véase la revista del Tribunal Federal Supremo (BGHZ) 21, 378; 22, 226; 26, 31 (33); 61, 380 (383); 68, 312 (314); 78, 318 (333); Revista NJW 1984, 2117.

¹⁷ Con mayor detalle véase Karsten Schmidt, op.cit., pág. 186 y ss.; Schwarz, op.cit., art. 21 n° 13 y ss. con otras referencias; Hadding, op.cit., art. 21 n° 35 con otras referencias.

¹⁸ Por último, aquí puede verse otro correctivo que tiene en cuenta la crítica anterior en relación con las sociedades unipersonales y corporaciones sujetas a directrices (véase Contratos de transferencia de beneficios y de dominación); véase Däubler, *BGB kompact 2002*, n° 59 y ss. y la resolución del Tribunal Supremo del Reich en la que un contrato de dominación se considera contrario a las buenas costumbres (RGZ 81, 308).

¹⁹ Véase Schwarz, op.cit., art. 21, n° 6.

²⁰ Además de la responsabilidad personal ilimitada, también hay casos en los que los socios responden personalmente sólo de forma limitada (así, en una sociedad en comandita, el socio comanditario responde únicamente con su participación social).

derecho y no un mero patrimonio vinculado de los titulares de la mano común²¹.

- Capacidad jurídica y capacidad jurídica limitada

Las comunidades mancomunadas también pueden tener capacidad jurídica propia, ya que ésta no está reservada sólo a las personas jurídicas. Así se infiere del apartado 2 del artículo 14 del BGB, que proporciona una definición de las sociedades de personas con capacidad jurídica²². El apartado 1 del artículo 124 del HGB reconoce la capacidad jurídica de las sociedades colectivas²³ y el apartado 2 del artículo 162 del HGB, también de las sociedades en comandita. Además ostentan capacidad jurídica propia la EWIV, la asociación en participación y la copropiedad²⁴. Además, en una decisión meditada el Tribunal Federal Supremo (BGH)²⁵ ha admitido también la capacidad jurídica de la sociedad civil que, en principio, puede adoptar en el tráfico jurídico cualquier posición jurídica siempre que no lo impidan motivos especiales y, en este sentido, tiene capacidad jurídica sin ser una persona jurídica²⁶. Pero, por otra parte, también se atribuye capacidad jurídica propia a la asociación carente de personalidad jurídica (art. 54 del BGB)²⁷. Esta aparente contradicción queda superada si se repara en que la denominación asociación "carente de personalidad jurídica" únicamente tiene por objeto establecer una delimitación con las personas jurídicas; se habla también de subjetividad jurídica propia de la asociación carente de personalidad jurídica. Pero en la medida en que se habla de la capacidad jurídica de la comunidad mancomunada y se considera próxima a la persona jurídica, nace el concepto de capacidad jurídica limitada para poder establecer así la delimitación con respecto a las personas jurídicas. El concepto de capacidad jurídica limitada implica un reconocimiento de la capacidad jurídica en algunos ámbitos, sin que por eso se excluya la capacidad jurídica para los demás ámbitos de la vigencia de la naturaleza de las cosas. Tan sólo se considera innecesaria. A la persona jurídica se le atribuye plena capacidad jurídica, que sólo se halla limitada allí donde no puede tener vigencia la naturaleza de las cosas.

Por lo tanto, dado que a la persona jurídica también le corresponde únicamente una capacidad jurídica limitada, la característica de la capacidad jurídica sólo resulta apropiada

²¹ Schwarz, op.cit., art. 54 n° 13 respecto a la asociación carente de capacidad jurídica, argumento rechazado respecto a la comunidad hereditaria. Tribunal Federal Supremo (BGH) de 11.09.2002, Exp. XII ZR 187/00 = www.dnoti.de.

²² "Una sociedad de personas con capacidad jurídica es una sociedad de personas con capacidad para adquirir derechos y asumir obligaciones".

²³ "La sociedad colectiva puede por medio de la razón social adquirir derechos y asumir obligaciones, adquirir la propiedad y otros derechos reales sobre bienes inmuebles, demandar y ser demandado ante los tribunales."

²⁴ Däubler, op.cit., n° 76a.

²⁵ BGH de 29.01.2001, Exp. II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341 = NJW 2002, 1207 = www.bundesgerichtshof.de.

²⁶ Schwab, op.cit., n° 145.

²⁷ Schwarz op.cit.

hasta cierto punto como criterio de delimitación²⁸. Una persona jurídica implica capacidad jurídica, pero no toda asociación de personas con capacidad jurídica (limitada) es una persona jurídica²⁹.

- Personas jurídicas de Derecho Público

La persona jurídica de naturaleza privada debe delimitarse además con respecto a la persona jurídica de Derecho Público. La diferencia determinante viene dada por el acto constitutivo: mientras que la persona jurídica de Derecho Civil nace a partir de un negocio jurídico, la persona jurídica de Derecho Público se crea mediante un acto de soberanía³⁰.

- Resumen

Las características distintivas entre las comunidades mancomunadas y las personas jurídicas pueden resumirse en tres puntos. Por una parte, los miembros responden de las obligaciones de la comunidad además de con el patrimonio vinculado a la mano común también personalmente, mientras que los socios de las personas jurídicas no asumen ninguna responsabilidad personal³¹. Por otra parte, la persona jurídica se caracteriza por ser independiente de sus socios, mientras que las asociaciones de personas son fundamentalmente dependientes de sus miembros. Por último, a la persona jurídica se le reconoce capacidad jurídica plena, mientras que las comunidades mancomunadas tienen a lo sumo capacidad jurídica limitada.

c) Alcances y manifestaciones

La persona jurídica de naturaleza privada está muy difundida. En el ámbito de Derecho Mercantil, la sociedad de responsabilidad limitada (GmbH) goza de gran aceptación por parte de empresarios de todo tipo debido a la limitación de la responsabilidad frente a las empresas unipersonales, sociedades civiles, colectivas y en comandita. En comparación con la sociedad anónima (AG), tiene la ventaja de proporcionar mayor flexibilidad y requerir una gestión más sencilla.

Esta mayor aceptación puede ilustrarse fácilmente con los datos estadísticos, pues de las 985.168 sociedades mercantiles³² que existían el 1 de enero de 2003, 784.334 tenían la forma jurídica de sociedad limitada, 17.281 la de sociedad anónima y sólo 167 estaban constituidas con la forma jurídica de mutualidades aseguradoras. En la práctica, las sociedades personales carecen de importancia. Aunque en esa fecha existían un total de

²⁸ Hadding (op.cit., art. 21, nº 17) rechaza en cambio totalmente la personalidad jurídica como criterio de delimitación; véase también Schwarz, op.cit., art. 21 nº 6.

²⁹ En este punto hay que tener presente que en el marco de los trabajos preparatorios del BGB existía la opinión en favor de restringir la capacidad jurídica de las personas jurídicas a la capacidad patrimonial. Véase Coing, op.cit., nº 14.

³⁰ Hadding, op.cit., art. 89 nº 12.

³¹ También muy discutido, véase Schwab, op.cit., nº 154.

³² Fuente: Cámara de Industria y Comercio

153.501 sociedades en comandita, debe tenerse en cuenta que de ellas 122.633 eran lo que se denomina en Alemania GmbH & Co. KGs, en las que el papel del socio comanditario responsable personalmente es asumido por una sociedad de responsabilidad limitada.

Fuera del Derecho Mercantil, la asociación registrada en forma de asociación de utilidad pública es la forma de organización a la que también se acogen amplios sectores de la vida cultural. En general, están organizados de esta forma desde la asociación para la cría de conejos hasta los partidos políticos, pasando por asociaciones de fomento (por ejemplo en el ámbito de la enseñanza).

Por el contrario, las fundaciones tienen una presencia residual. Se estima que en la actualidad existen alrededor de 10.000³³.

B. La personalidad de las personas jurídicas

a) Origen o fuente de la personalidad jurídica en las personas jurídicas

La derivación de la persona jurídica de la persona física hace que la primera se considere un producto artificial. Esta artificialidad se refleja en los modelos que, sobre todo en el siglo XIX, pretendían aclarar la tan controvertida cuestión de la esencia de las personas jurídicas. Sin embargo, esta discusión teórica no ha tenido ninguna relevancia para la práctica jurídica, ya que la persona jurídica ha pasado a constituir una categoría reconocida y a la que los juristas recurren con naturalidad³⁴. No obstante, en este punto y sólo para que esta ponencia no pueda tacharse de incompleta, deberíamos recordar brevemente las dos teorías³⁵ más importantes. La *Teoría de la ficción* (principal representante: Carl Friedrich von Savigny³⁶) parte de la base de que la persona jurídica es una figura puramente ficticia. Se trata simplemente de una técnica jurídica: se finge la personalidad jurídica. En contraposición a ella está la teoría de la *Unión personal real* (principal representante: Otto von Gierke³⁷), según la cual la persona jurídica es una persona compuesta por personas físicas de las cuales se deriva su capacidad jurídica. Se trata por tanto de una persona con existencia real, de manera que el legislador con la persona jurídica sólo reconoce algo ya existente.

Junto a ellas, también existen la *Teoría finalista*, la *Teoría del destinatario* y la *Teoría de la unidad de la eficacia supraindividual*³⁸.

³³ *Die Stiftung im Zivil- und Steuerrecht*, Congreso del Instituto Especial de Notarios, Colonia, 18 de octubre de 2003.

³⁴ Karsten Schmidt, op.cit., pág. 158.

³⁵ Para desarrollar estas teorías: Karsten Schmidt, op.cit., pág. 159 y ss.; Larenz/Wolf, op.cit., art. 9 n° 7 y ss., ambas obras con otras referencias

³⁶ *System des heutigen Römischen Rechts*, tomo 2º, 1840, pág. 236, 239 (citado según Schwarz, art. 21 n° 2).

³⁷ *Deutsches Privatrecht*, tomo 1º, 1895, pág. 470 (citado según Schwarz, op.cit.).

³⁸ Véase Hadding, op.cit., art. 21 n° 11 y ss. con otras referencias

b) Medios de obtención de la personalidad en las personas jurídicas

Las personas jurídicas no pueden constituirse discrecionalmente, sino que están sujetas a *numerus clausus*, es decir, sólo pueden constituirse las personas jurídicas previstas por el legislador³⁹.

El Derecho alemán no establece un sistema de libre constitución de corporaciones (la persona jurídica se constituye sin ningún tipo de control posterior tan pronto como se cumplen los requisitos establecidos en la ley), sino una combinación de un sistema de concesión y un sistema de disposiciones normativas⁴⁰.

Según el sistema de concesión, la asociación adquiere la personalidad jurídica mediante concesión estatal con respecto a la cual no existe ningún derecho legal. Las autoridades administrativas competentes deciden sobre la concesión según su libre arbitrio. Este sistema se aplica a las asociaciones con ánimo de lucro y extranjeras (art. 22 y 23 del BGB) y a las mutualidades aseguradoras (art. 15 Ley de Control de Seguros, VAG). En este contexto, constituye una excepción la fundación (art. 80 del BGB). Desde la entrada en vigor de la Ley para la Modernización del derecho privado en materia de fundaciones el 1 de septiembre de 2002⁴¹ se prevé el derecho a la concesión del reconocimiento⁴² si se cumplen las disposiciones legales.

Ahora bien, debido al reducido número y a la poca relevancia práctica de las personas jurídicas constituidas según este sistema, éste no desempeña ningún papel importante en la realidad.

Según el sistema de disposiciones normativas, existe un derecho legal a crear una persona jurídica cuando se cumplen los requisitos legales. El cumplimiento de estos requisitos es verificado por el Estado y, en general, se acredita mediante la inscripción en un registro oficial. Este sistema se aplica a las asociaciones sin ánimo de lucro (art. 21, 55 y ss. del BGB), sociedades de responsabilidad limitada, (art. 9c de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, GmbHG), sociedades anónimas (art. 38 de la Ley de Sociedades Anónimas, AktG) y cooperativas (art. 11a de la Ley de Cooperativas, GenG). En este sentido existe un diverso grado de control, de tal forma que debe comprobarse de forma específica para cada persona jurídica. Debido al elevado número de personas jurídicas sujetas a este sistema y a su relevancia práctica, éste es el sistema más importante.

³⁹ Däubler, op.cit., nº 155.

⁴⁰ Karsten Schmidt, op.cit., pág. 164

⁴¹ BOE 2002, 2635.

⁴² Véase también Andrick/Suerbaum: *Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechtes*, Revista NJW 2002, 2905 (2907).

II.

Distinción entre los diversos tipos de personas jurídicas de naturaleza privada

1. Existencia de la distinción y enumeración por tipos y por especies dentro de cada tipo

Fundamentalmente se distingue entre personas jurídicas de Derecho Civil y de Derecho Público. A su vez, las personas jurídicas de Derecho Civil se clasifican en:

- Corporaciones (asociaciones en sentido amplio)
- Fundaciones (art. 80 y ss. del BGB. Más detalles en las leyes sobre fundaciones de los estados Federados alemanes⁴³).

Las corporaciones son personas jurídicas organizadas según el derecho corporativo, mientras que las fundaciones son patrimonios de destino con personalidad jurídica propia.

Pertenecen a la categoría de las corporaciones:

- las asociaciones de Derecho Civil
- las sociedades de capital
- las cooperativas
- las mutualidades aseguradoras

Las asociaciones se pueden clasificar en tres subtipos:

- asociaciones sin ánimo de lucro ("asociaciones ideales"), art. 21 del BGB
- asociaciones con ánimo de lucro, art. 22 del BGB
- asociaciones extranjeras, art. 23 del BGB.

A su vez las sociedades de capital se diferencian, según el balance anual, entre sociedades de capital pequeñas y grandes (art. 267 del HGB).

Entre las sociedades de capital se encuentran:

- la sociedad anónima
- la sociedad de responsabilidad limitada
- la mutualidad aseguradora

El Derecho de Sociedades Anónimas distingue a su vez:

- Sociedad Anónima con muchos accionistas
- Sociedad Anónima con pocos accionistas
- Sociedad Comanditaria por acciones

⁴³ Información detallada sobre las fuentes en Damrau/Wehinger: *Übersicht zum Mindeststiftungsvermögen nach dem Recht der Bundesländer*, ZEV 1998, 178 (179).

La Ley de Control de Seguros incluye, además de la mutualidad aseguradora, la especialidad denominada “Asociación más pequeña”.

Las subclasificaciones mencionadas responden a distinciones basadas en disposiciones legales. En la práctica jurídica, dentro de las sociedades de capital se dan otras subclasificaciones – también denominadas variaciones de tipos⁴⁴ – que tienen su origen en parte en disposiciones legales. Las diferencias fundamentales están representadas en el caso más importante en la práctica: la sociedad de responsabilidad limitada (GmbH):

- la GmbH capitalista
- la GmbH personalista
- la GmbH sin ánimo de lucro
- la GmbH comanditaria
- la GmbH de la fundación

Lo mismo ocurre con las fundaciones, dado que en la práctica también se han creado diversas subcategorías atendiendo a los fines de la fundación:

- fundación benéfica
- fundación asociada a la empresa
- fundación familiar

2. Características esenciales, diferencias y fundamentos justificativos de la existencia de diversos tipos de personas jurídicas de naturaleza privada⁴⁵

a) La asociación

La forma principal de asociación es la asociación sin ánimo de lucro. A diferencia de las dos otras formas (asociación con ánimo de lucro y extranjera), ésta adquiere su capacidad jurídica mediante la inscripción en el Registro de Asociaciones, a la que tienen derecho legal los miembros fundadores si se cumplen los requisitos de constitución previstos en la ley. Por el contrario, las otras dos formas de asociación adquieren la capacidad jurídica según el sistema de disposiciones normativas.

La asociación con ánimo de lucro está orientada al ejercicio de un negocio lucrativo. Según las disposiciones legislativas básicas, las asociaciones que tiene una finalidad lucrativa deben, por motivos de seguridad del tráfico jurídico, en concreto la protección del acreedor, acogerse a las formas de Derecho Mercantil existentes⁴⁶. Dado que las formas previstas para ello por el Derecho Mercantil son más apropiadas que las del derecho de asociaciones (no hay disposiciones sobre una dotación de capital mínimo, obligaciones de elaboración de balances, de publicación y de auditoría y ningún poder de acción ilimitable del órgano de representación), sólo se concede la autorización necesaria para la

⁴⁴ Karsten Schmidt, op.cit., pág. 43

⁴⁵ Para evitar repeticiones, para más detalles nos remitimos a la segunda parte de esta ponencia.

⁴⁶ Stöber: *Handbuch zum Vereinsrecht*, 8ª ed. 2000, nº 49.

constitución⁴⁷ si, por motivos especiales, la constitución de una sociedad de capital o de una cooperativa no es posible o no es exigible⁴⁸.

La asociación extranjera, en el sentido del art. 23 del BGB, es una asociación carente de capacidad jurídica que tiene su sede en el extranjero⁴⁹. En el territorio nacional, la capacidad jurídica la obtiene mediante concesión estatal⁵⁰.

b) Las sociedades de capital

Las sociedades de capital son sociedades de Derecho Mercantil. La sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima se diferencian esencialmente en lo distinta flexibilidad en la configuración de los estatutos. La particularidad de la sociedad comanditaria por acciones consiste en que, según la concepción legal, tiene un socio responsable personalmente al que están reservadas las facultades de administración y representación.

c) Mutualidades aseguradoras (VvAG)

Las mutualidades aseguradoras consisten en un seguro de base corporativa.

d) Cooperativa registrada (eG)

La cooperativa registrada es una forma especial de asociación con ánimo de lucro con la finalidad de ser una autoayuda organizada como asociación, cuyo objeto sólo puede ser un fin específicamente cooperativo.

e) Variaciones de tipos de las sociedades de capital con el ejemplo de la GmbH

La GmbH fue creada por el legislador en 1892 sin seguir un modelo histórico como forma jurídica simplificada frente a la AG, dado que las estrictas disposiciones de ésta última eran necesarias y útiles para grandes empresas, pero no para sociedades pequeñas con un reducido número de socios⁵¹. El tipo legal básico de la GmbH es la denominada GmbH "capitalista", en la cual los socios participan sólo patrimonialmente y ejercitan sus derechos exclusivamente a través de la toma de decisiones en la Junta General. Sin embargo, la forma más frecuente en la práctica es la denominada GmbH "personalista". En ésta, los socios no participan sólo patrimonialmente, sino que la existencia de la GmbH se basa en la colaboración de cada uno de los socios. En este caso apenas se recurre al principio de órganos externos, sino que los propios socios son nombrados órganos de la sociedad. La ley permite la inclusión de los socios en la sociedad a partir de una mera participación de

⁴⁷ Para la concesión de la autorización son competentes determinadas autoridades en función de las leyes del estado federado en el que la asociación tiene su sede. Para más detalles, véase Stöber op.cit., nº 887.

⁴⁸ Véase 2ª parte, apartado 2.2.

⁴⁹ El reconocimiento de las asociaciones extranjeras con capacidad jurídica está regulado por las normas de Derecho Privado Internacional (DPI). A este respecto, véase la siguiente disposición, en la que no se incluyen las asociaciones constituidas en territorio nacional por extranjeros. A éstas se les aplican disposiciones especiales de la Ley de Asociaciones (art. 14 y 15). Véase al respecto Stöber, op.cit., nº 84 y ss.

⁵⁰ Tiene la competencia el Ministro Federal de Interior, Art. 125 y 129 de la Ley Fundamental alemana (GG), véase Hadding, op.cit., art. 23 nº 3.

⁵¹ Hueck: *Gesellschaftsrecht*, 19ª ed., 1991, p. 322 y ss.

capital. Según el apartado 2 del artículo 3 de la GmbHG, los socios pueden imponerse obligaciones especiales de gran alcance, incluso personalísimas. A la inversa, a través de los estatutos también puede concederse a los socios un derecho especial al nombramiento como administrador de la sociedad. Con la utilización de las normas legales de carácter dispositivo, la sociedad se asemeja a una sociedad de personas: las cláusulas de vinculación restringen la libre variabilidad de los socios, las disposiciones de amortización impiden la libre heredabilidad de la participación. Sólo hay algunos preceptos del derecho de sociedades de responsabilidad limitada que no son dispositivos. Precisamente en este punto se plantea la necesidad de asesoramiento y conformación notariales a fin de "adaptar" la sociedad a las necesidades de los partícipes de forma óptima.

Otra forma de configuración es la GmbH sin ánimo de lucro (gGmbH), que está exenta de impuestos si persigue fines benéficos, caritativos o religiosos⁵².

Además hay que mencionar la denominada GmbH comanditaria. Se trata de una sociedad cuya única función consiste en asumir en una sociedad en comandita el papel del socio comanditario responsable personalmente. Esto tiene como consecuencia que esta sociedad, aunque como sociedad de personas no es una persona jurídica pero se asemeja mucho a ella por el hecho de que realmente no existe responsabilidad personal de los socios con respecto a las obligaciones de la sociedad, se limita mediante el papel de la GmbH como único socio comanditario a la responsabilidad "personal" de la GmbH comanditaria.

3. Características esenciales, diferencias y fundamentos justificativos de la existencia de de diversas especies dentro de cada tipo de personas jurídicas de naturaleza privada

Las características esenciales de la persona jurídica de naturaleza privada son, según lo mencionado hasta ahora, además de la capacidad jurídica independiente de los socios individuales ("perdurabilidad"), la necesidad de un nombre propio ("razón social") y de una organización corporativa que requiere además de los estatutos dos órganos como mínimo: el Consejo de Dirección o de Administración por un lado y la Junta General, por otro.

Ocupa un lugar especial la fundación que, como patrimonio especial con capacidad jurídica, no tiene socios.

Además, las personas jurídicas se diferencian por los fines que persiguen:

- ejercicio de un negocio lucrativo
- ejercicio de un negocio no lucrativo

En el caso del ejercicio de un negocio lucrativo, el legislador ha atribuido mayor importancia a la protección del tráfico jurídico. Así existen disposiciones prescriptivas sobre la obtención y el mantenimiento del capital social, el poder de representación del Consejo de Dirección no

⁵² Wrede en Münchner: *Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Tomo 3 GmbH, 1996, art. 59, nº 15 y ss.

puede limitarse en las relaciones con terceros y las sociedades están sujetas a determinadas normas en materia de publicidad.

III.

Origen y fundamentos de la personalidad jurídica de manera particular y específica en los distintos tipos y especies de personas jurídicas

1. Diversos sistemas de constitución y reconocimiento de la personalidad

Los requisitos para la constitución se diferencian por un lado por el procedimiento que debe seguirse y por otro, por la forma por la que se adquiere capacidad jurídica.

La constitución de la persona jurídica y la redacción de los estatutos puede realizarse en parte de forma quirografaria, pero en la mayoría de los casos es obligatorio que el acto constitutivo conste en acta notarial.

La personalidad jurídica se adquiere mediante autorización estatal o con la inscripción en un registro. Si se realiza la inscripción en un registro es obligatorio en todos los casos autenticar notarialmente las firmas de los miembros del Consejo de Dirección que consten en la solicitud de inscripción en dicho registro. En algunos casos se deben presentar las rúbricas certificadas notarialmente y entregar las declaraciones efectuadas ante Notario referentes a la idoneidad del Consejo de Dirección y al capital social de la sociedad.

2. Requisitos esenciales y de forma para cada uno de los diversos sistemas de constitución de los distintos tipos y especies de las personas jurídicas

a) Asociación

El acto constitutivo de la asociación sin ánimo de lucro y la redacción de los estatutos se realiza de forma quirografaria. La asociación adquiere la capacidad jurídica mediante la inscripción en el registro de asociaciones, el cual es gestionado por el Juzgado de Distrito del lugar donde tiene su sede la asociación. Desde un punto de vista jurídico, la intervención del notario se limita a la autenticación de las firmas de los miembros del Consejo de Dirección que firman la solicitud de inscripción. En la práctica esto lleva en muchos casos a reclamaciones por parte del Juzgado, ya que es frecuente que los estatutos no cumplan las disposiciones legales obligatorias y por lo tanto deban ser revisados. En este sentido, la autenticación notarial obligatoria contribuiría a reducir el trabajo en los juzgados. En la práctica, la solicitud de inscripción en el registro de asociaciones casi siempre es redactada por el notario.

Para la constitución de la asociación con ánimo de lucro o la concesión de la capacidad jurídica a asociaciones extranjeras, el registro de asociaciones se sustituye por la autorización por parte de la autoridad competente.

b) Fundación

La fundación se constituye mediante un acta fundacional quirografaria (apdo. 1, art. 81 del

BGB). La capacidad jurídica la obtiene mediante el reconocimiento otorgado por el estado Federado en el que tiene su sede la fundación⁵³.

c) GmbH, AG, sociedad comanditaria por acciones

En el caso de las sociedades de capital, la constitución de la persona jurídica se debe escriturar o hacer constar en acta notarial. La adquisición de la capacidad jurídica tiene lugar mediante la inscripción en el registro mercantil del lugar donde se encuentre el domicilio social de la sociedad⁵⁴. La solicitud de inscripción deben realizarla todos los miembros del Consejo de Administración o administradores y sus firmas en la solicitud deben estar autenticadas notarialmente. Además deben consignar en el Juzgado su firma (rúbrica) que también debe estar autenticada por un notario. Por último, los miembros del Consejo de Administración o administradores deben declarar en la solicitud de inscripción que el capital social se ha desembolsado en su totalidad (o según las disposiciones al respecto de los estatutos), que está a su libre disposición y que no está gravado con ninguna carga previa, salvo determinados gastos de constitución cuya cuantía máxima debe estar fijada en los estatutos. Además deben declarar en la solicitud de inscripción que no existen sanciones u otras resoluciones vinculantes que se opongan a su nombramiento como órgano facultado para ejercer la representación. La declaración falsa dolosa o culposa es constitutiva de delito. Los tribunales sólo pueden exigir por causa justificada pruebas que acrediten la veracidad de las declaraciones o afirmaciones de los miembros del Consejo de Administración o socios que soliciten la inscripción. Corresponde al notario comprobar la veracidad de las declaraciones mediante sus indicaciones y advertencias.

d) Mutualidades aseguradoras (VvAG)

La constitución de la mutualidad aseguradora se debe escriturar o hacer constar en acta notarial⁵⁵. La capacidad jurídica se adquiere mediante la concesión de la autorización por parte del órgano de control competente.

e) Cooperativas registradas (eG)

La constitución de la cooperativa registrada se realiza mediante un acto constitutivo quirógrafo. La capacidad jurídica se adquiere mediante el reconocimiento estatal.

3. Requisitos adicionales de forma para la constitución de sociedades agrarias, Instituciones de Crédito, Sociedades que explotan recursos naturales, Sociedades que operan una concesión estatal

El ejercicio de determinadas actividades conlleva que las personas jurídicas requieran para su

⁵³ Para más detalles véase Damrau/Wehinger, op.cit., pág. 179.

⁵⁴ Según el artículo 125 de la FGG (Ley alemana sobre Cuestiones de Jurisdicción Voluntaria), desde el 1 de enero el Registro Mercantil es gestionado básicamente por los Juzgados de Distrito en cuya circunscripción tenga la sede el Tribunal de Primera Instancia. Es imprescindible no obstante la gestión electrónica del registro para que los Juzgados de Distrito tengan la posibilidad de examinar la documentación con medios electrónicos.

⁵⁵ Excepción: la "asociación pequeña", art. 53 de la VAG

constitución una autorización estatal especial. En algunos casos, el ejercicio de una actividad está prohibido en una determinada forma jurídica o se prescribe que los estatutos contengan menciones especiales en el marco de la autorización del objeto social. En concreto, existen los siguientes requisitos de autorización:

Residencias de ancianos	Art. 6 de la Ley de Residencias de la Tercera Edad
Instalaciones con efectos nocivos para el medio ambiente	Art. 4 Ley Federal sobre Inmisiones
Farmacias	No autorizada en forma de persona jurídica. Art. 8 de la Ley de Farmacias
Cesión de trabajadores	Art. 1.1 de la Ley sobre Cesión de trabajadores (AÜG)
Medicamentos, fabricación y comercio	Art. 13 de la Ley sobre Medicamentos
Emigración	Art. 1, 11 de la Ley de Emigración
Bancos	Art. 1, 32 de la Ley de Créditos (KWG)
Construcción, Promotores	Art. 34c del Reglamento Industrial (GewO)
Explotación minera y exploración del subsuelo	Art. 6 de la Ley de Minas
Actividades de vigilancia	Art. 34a GewO
Intermediación en préstamos	Art. 34c GewO
Distinciones honoríficas y condecoraciones	Comercio, art. 14 de la Ley de Condecoraciones
Comercio al por menor	Apdo. 1 del art. 3 de la Ley del Comercio al por Menor
Ferrocarriles	Apdo. 2 del art. 4 de la Ley del Ferrocarril
Autoescuelas	Art. 10 de la Ley de Autoescuelas
Telecomunicaciones	Art. 2 Ley de Instalaciones de Telecomunicaciones
Formación a distancia	Ley de Protección de la Formación a Distancia
Intermediación financiera	Art. 34c GewO
Restaurantes	Art. 2 de la Ley de Establecimientos de Restauración
Comercialización de tóxicos	Apdo. 1 y 2 del art. 4 de la Ley sobre Sustancias Químicas
Transporte de mercancías por carreteras	Ley sobre Transporte de Mercancías por Carretera Tráfico de Largas Distancias: Art. 8 Tráfico de Cortas Distancias: Art. 80 Líneas de Servicio Regular: Art. 90
Artesanía	Apdo. 4 del art. 7 de la Ley del Artesanado
Paramédicos	Apdo. 1 del art.1 de la Ley sobre Paramédicos
Gestión de cobro	Nº 4 del apdo. 1 del art. 1 de la Ley de Asesoramiento Jurídico
Inversión de capital	Art. 2 de la Ley sobre Disposición de Capital (KAAG) en relación con art. 32 de la Ley de Créditos (KWG). Intermediación: Art. 34 GewO

Centros hospitalarios	Art. 30 GewO
Lotería	Art. 33h GewO
Tráfico aéreo	Aviones art. 2; Aeropuertos art. 6; Empresas fabricantes de aviones art. 20 de la Ley sobre Tráfico Aéreo (LuftVG)
Intermediario	Bienes inmuebles, inversiones de capital, créditos, préstamos, art. 34c GewO
Recogida de basuras	Instalaciones para la eliminación de residuos art. 7 de la Ley sobre eliminación de residuos (AbfG); Recogida y transporte, art. 12 AbfG y art. 2 del Reglamento sobre Eliminación de Residuos
Zapatos ortopédicos a medida	Art. 30b GewO
Intermediación de personal	Art. 23 Ley de Fomento del Trabajo (AFG)
Transporte público (empresas de taxis, trolebuses, etc.)	Art. 2 Ley sobre Transporte Público
Prestamista sobre prenda	Art. 34 GewO
Correos	Correspondencia, apdo. 2 del art. 2 de la Ley de Correos
Asuntos jurídicos	Apdo. 1 del art. 59c y art. 59g del Reglamento Federal sobre Honorarios de Abogados (BRAO), apdo. 1 del art. 1 de la Ley de Asesoramiento Jurídico
Comercio ambulante	Apdo. 2 del art. 55 GewO
Exhibición de personas	Art. 33a GewO
Feriantes	Nº 2 del apdo. 1 del art. 55 GewO
Tráfico marítimo	Negocio jurídico de flete, art. 55 y ss. HGB Transporte público por mar, art. 665 y ss. HGB
Casinos	Art. 33h GewO Apdo. 1 del art. 1 de la Ley sobre la Admisión de Casinos Públicos
Máquinas de juego y juegos de azar	Art. 33c, 33d GewO
Asesoría fiscal	Art. 49 y ss. de la Ley de Asesoría Fiscal
Centros de juego	Art. 33i GewO
Explosivos	Art. 7, 27 Ley sobre Explosivos
Gasolineras	Art. 9 Reglamento sobre Líquidos Inflamables
Experimentos con animales	Art. 8 de la Ley de Protección de los Animales
Participaciones en empresas	Art. 1 Ley sobre Sociedades Integradas por Participaciones en Empresas (UBGG). Una sociedad integrada por participaciones en empresas sólo puede constituirse en la forma jurídica de AG. Apdo. 1 del art. 2 UBGG
Subastas	Art. 34b GewO
Actividades aseguradoras	Empresas de seguros: Art. 5 VAG: Imposible en la forma jurídica de GmbH, art. 7 VAG
Armas	Fabricación de armas, art. 7 de la Ley sobre Armas (WaffG)

	Campos de tiro: art. 44 WaffG
	Armas de guerra: art. 2 y ss. de la Ley de Armas de Guerra
Operaciones a plazo	Nº 5 del apdo. 1 del art. 1 de la Ley de Créditos (KWG)
Comercio de valores	Art. 2 de la Ley sobre el Comercio de Valores
Auditorías de cuentas	Art. 1 del Reglamento de Auditorías de Cuentas (WPO)

IV.

Órganos de administración y la representación de las personas jurídicas de naturaleza privada

1. Enumeración y presentación de los administradores y representantes de las personas jurídicas (personas físicas y personas morales)

En general, en la representación de las personas jurídicas debe distinguirse entre la representación orgánica y la representación en negocios jurídicos⁵⁶. En el caso de ésta última, al representante se le otorga un poder mediante un negocio jurídico y éste representará al poderdante en el marco del poder otorgado. Un caso especial de este tipo de representación lo constituye el poder general (art. 48 y ss. del HGB), que puede inscribirse en el Registro Mercantil o en el Registro de Cooperativas. La prueba del poder de representación se realiza mediante la consulta del correspondiente registro.

Además de la particularidad de la representación orgánica ya mencionada al principio, aún se dan otras dos diferencias esenciales:

- El poder de representación orgánica no puede delegarse
- La responsabilidad del sujeto de derecho por las acciones delictivas del órgano

Los órganos de las personas jurídicas pueden otorgar por su parte poderes de carácter jurídico-negocial, pero no pueden delegar su poder de representación orgánico. De ahí deduce la jurisprudencia que los representantes orgánicos tampoco pueden otorgar ningún poder general⁵⁷.

La persona jurídica responde ilimitadamente por las acciones delictivas de sus representantes orgánicos, sin que sea posible la exoneración como en el caso de asistentes o empleados (véase art. 831 del BGB).

En las sociedades de responsabilidad limitada, los representantes orgánicos se denominan administradores o gerentes (art. 35 de la GmbHG) y directivos o miembros del Consejo de

⁵⁶ Véase la teoría de los órganos mencionada anteriormente en el punto 1. A. a.

⁵⁷ Revista BGHZ 34, 27; BGH en la revista NJW 1977, 199.

Administración o de Dirección en las demás personas jurídicas.

2. Naturaleza jurídica de los órganos, representantes y administradores de las personas jurídicas

Los representantes orgánicos de las personas jurídicas sólo pueden ser personas físicas (véase frase 1, apdo. 3, art. 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, AktG). En principio no tienen porqué ser miembros de la persona jurídica (principio de órganos externos), a diferencia de lo establecido en relación con las cooperativas (art. 9 de la Ley de Cooperativas, GenG).

3. Facultades legales de los órganos y representantes y duración del cargo de los administradores y representantes de las personas jurídicas. Características esenciales, requisitos formales e intervención notarial.

El poder de representación de los representantes orgánicos es ilimitable en las relaciones frente a terceros (véase, por ejemplo, apdo. 1 del art. 81. de la AktG y apdo. 2 del art. 37 de la GmbHG). El poder de representación de la Directiva de una asociación únicamente puede restringirse estatutariamente (frase 2, apdo. 2 del art. 26 del BGB).

En principio, el nombramiento de los representantes orgánicos es válido hasta su revocación. Como excepción a esta máxima, el Consejo de Administración de las sociedades anónimas (AG) puede ser nombrado hasta un máximo de 5 años (art. 84 de la AktG) y existe además la posibilidad de un nuevo nombramiento.

Los representantes orgánicos se nombran por acuerdo en la Junta General. Sólo en el caso de las sociedades anónimas y en las mutualidades aseguradoras, el Consejo de Administración es nombrado por el Consejo de Supervisión. Los representantes orgánicos deben ser inscritos en el registro correspondiente o notificados a las autoridades que conceden la autorización. La inscripción sólo tiene efectos declarativos, mientras que el nombramiento por parte del órgano competente tiene efectos constitutivos.

La intervención del notario termina en la solicitud de inscripción de los nuevos miembros del Consejo de Administración o administradores, en la medida en que deban inscribirse en un registro. El notario:

- termina la declaración correspondiente
- verifica si el nombramiento se ha realizado debidamente
- toma las correspondientes declaraciones juradas en los casos concretos en que así lo prescriban las leyes
- informa al afectado si es necesario sobre el significado de la representación orgánica
- vela porque la inscripción se realice cumpliendo el derecho registral.

V. **Modificaciones estatutarias**

1. Principales clases de modificaciones estatutarias

Si la persona jurídica está inscrita en un registro, la modificación de los estatutos se deberá hacer constar también en el registro. La inscripción tiene efectos constitutivos (véase por ejemplo el apartado 3 del artículo 54 de la GmbHG). En el caso de las sociedades de capital deben hacerse públicas determinadas modificaciones estatutarias (véase por ejemplo el artículo 10 de la GmbHG: razón social, domicilio social, objeto social, hoja de publicación diferente y la duración en caso de que la sociedad no se haya constituido por tiempo indefinido).

Otras modificaciones estatutarias requieren autorización. Es el caso de la utilización de un ejercicio distinto previa autorización por parte de la Delegación de Hacienda. La modificación del objeto social en algunos casos también requiere autorización (véase el apartado II. 3).

También existen regulaciones especiales aplicables a las modificaciones de los estatutos de las sociedades de capital que afectan al capital social (aumento o reducción del capital).

2. Requisitos esenciales, formales e intervención notarial en las modificaciones estatutarias

Los requisitos materiales y formales son los mismos que los previstos para la constitución.

3. Incidencia de las modificaciones estatutarias en la personalidad o capacidad de la persona jurídica

En principio, la modificación de los estatutos no puede tener ninguna repercusión en la personalidad jurídica o en la capacidad de obrar de la persona jurídica.

4. Incidencia de las modificaciones estatutarias en la administración y representación de las personas jurídicas

En los estatutos se determina la forma en la que llevarán a cabo la representación los representantes orgánicos (representación individual o conjunta). En general, los estatutos prevén la representación conjunta, pero también facultan a la Junta General para otorgar capacidad de representación individual a representantes individuales. Si se modifica la disposición estatutaria correspondiente, también es posible que se modifique la forma de representación de los representantes orgánicos, pero no los poderes jurídico-negociales otorgados con anterioridad.

VI.
La persona jurídica de naturaleza privada
en el ámbito del Derecho Internacional Privado

1. Reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas jurídicas extranjeras en la República Federal de Alemania

En el Derecho Privado Internacional alemán no existe ninguna norma jurídica con validez general que establezca la conexión en materia de estatutos sociales. Debido a la falta de una regulación legal, los principios del Derecho de Sociedades Internacional son tan debatidos como sus pormenores.

La jurisprudencia alemana, así como la doctrina científica más autorizada, siguen la denominada "teoría de la sede"⁵⁸, según la cual los estatutos sociales están sujetos al derecho del correspondiente estado en el cual la sociedad tiene su sede administrativa. En este sentido, la decisiva no es el domicilio social mencionado en los estatutos, sino la sede administrativa real, efectiva, es decir, el lugar donde se encuentra la administración central (dirección).

La teoría de la sede predominante en Alemania reconoce por tanto la capacidad jurídica de una sociedad extranjera existente jurídicamente sin exigirle otros requisitos mientras mantenga su sede administrativa real en el estado en cuestión. Por el contrario, esto resulta problemático cuando la sociedad se ha constituido de forma válida en otro estado y después trasladan su sede administrativa real a otro estado, en concreto a la República Federal de Alemania. La capacidad jurídica ya adquirida no se conserva en Alemania sin más, sino que ello depende de si la sociedad sigue existiendo según el derecho del estado donde se constituyó o si adquiere la capacidad jurídica según el Derecho alemán⁵⁹. La doctrina dominante hasta ahora en Alemania no reconoce la capacidad jurídica de la sociedad extranjera que ha trasladado su sede administrativa real a Alemania. De todas formas esto no significa que las sociedades extranjeras se consideren totalmente inexistentes cuando han trasladado su sede real al territorio alemán. Lo que la teoría de la sede no reconoce es únicamente la forma jurídica elegida en el extranjero del sujeto de derecho inmigrante, lo que a su vez puede dar lugar a problemas de responsabilidad para los socios⁶⁰. Así, el Tribunal Federal Supremo, en una reciente sentencia⁶¹ sobre una "Limited Company" constituida según la legislación de la Isla de Jersey que, sin embargo, tenía su sede administrativa efectiva en Alemania, resolvió que desde el punto de vista alemán tenía capacidad para ser parte activa y pasiva ante los tribunales alemanes como sociedad civil y como tal también podía haber adquirido válidamente derechos en Alemania.

⁵⁸ Véase sólo la revista BGHZ 53, 181/183; BGHZ 97, 269/271; BGH revista NJW 2003, 1607/1608 así como las referencias bibliográficas de *Michalski*, GmbHG, Syst. Darst. 2 n° 4.

⁵⁹ Sentencia del BGH del 29.01.2003, revista NJW 2003, 1607/1608.

⁶⁰ Véase sólo *K. Schmidt: Gesellschaftsrecht*, 4ª edición, pág. 27 y ss. con otras referencias

⁶¹ Sentencia del 18.07.2002, Revista Notarial Alemana (DNotZ) 2003, 147

El estatuto social determinado según la teoría de la sede es, según la opinión mayoritaria, un estatuto unitario⁶². En consecuencia, el estatuto social es válido para la sociedad desde su constitución hasta su disolución y para todas y cada una de sus relaciones (también las jurídicas en materia de responsabilidad y organización)⁶³. Por tanto no requiere ningún procedimiento de reconocimiento ni ningún otro acto estatal. Por el contrario, toda sociedad que según sus estatutos sea una persona jurídica es reconocida en principio como tal por el Derecho alemán sin exigirle otros requisitos.

En cuanto a las normas de conflicto de Derecho Privado Internacional, se aplica la cláusula general del artículo 4 de la Ley de Introducción del Código Civil alemán (EGBGB), según el cual desde el punto de vista alemán será de aplicación el Derecho Material alemán cuando la norma de conflicto extranjera remita o reenvíe al Derecho alemán. Las remisiones o los reenvíos al Derecho alemán no se tienen en cuenta cuando el estado en el que se encuentra la sede real de la sociedad aplica también la teoría de la sede. En cambio, si una sociedad constituida según el Derecho alemán tiene su sede real en otro país cuya legislación sigue la teoría de la constitución, la cuestión se reenvía al Derecho alemán y éste aceptará este reenvío (*renvoi*)⁶⁴.

Incluso en Alemania se aprecia actualmente cierto alejamiento de la teoría de la sede y una vuelta a la teoría de la constitución debido a las decisiones más recientes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) con respecto a sociedades que han sido válidamente constituidas en otro estado miembro de la Unión Europea distinto de aquél en el que se encuentra su sede estatutaria pero que no ejercitan su capacidad de obrar en ese estado (de procedencia) sino en otro estado miembro de la Unión Europea⁶⁵. Según estas decisiones, el Derecho de la Comunidad Europea ordena, en cuanto al resultado, a reconocer en principio la capacidad jurídica y la de obrar de las sociedades que se hayan constituido válidamente en otro estado miembro de la Unión Europea. En la sentencia recaída en el caso "Inspire Art" del 30 de septiembre de 2003⁶⁶, el TJCE abunda en su interpretación y además establece que los estados miembros de la Unión tienen prohibido someter a una sociedad constituida válidamente según la legislación de otro estado miembro a determinadas disposiciones de protección nacionales (referentes por ejemplo al capital mínimo o a la responsabilidad de los administradores). Sólo es lícito en cada caso concreto un control limitado sobre el abuso. Con la sentencia Inspire-Art, el TJCE ha dejado claro que un estado miembro de la Unión Europea ha de evaluar las sociedades procedentes de otro estado miembro según el Derecho de Sociedades de ese estado en el que se han constituido no sólo en relación con la capacidad procesal y jurídica, sino en todos los aspectos. Así se excluye en particular la aplicación orientada al cumplimiento de los estándares de protección previstos en

⁶² Véase sólo la sentencia del BGH del 05.11.1980, Revista NJW 1981, 522/525 y ss. con otras referencias

⁶³ Véase sólo Rowedder, *GmbHG*, Introducción N° 301 y BGH op.cit.

⁶⁴ Véase Rowedder, *GmbHG*, Introducción N° 305.

⁶⁵ Sentencia del TJCE del 09.03.1999, Revista NJW 1999, 2027 [caso *Centros*] y del 05.11.2002, Revista NJW 2002, 3614 [caso *Überseering*].

⁶⁶ Instituto Notarial Alemán (DNotI) Informe 2003, 166 = Revista NJW 2003, 3331.

regulaciones específicas del estado destino que afectan, por ejemplo, a la razón social, al capital mínimo o a la responsabilidad⁶⁷.

Para terminar debemos hacer referencia también al Convenio CEE sobre el Reconocimiento Mutuo de las Sociedades y Personas Jurídicas firmado en Bruselas el 29 de febrero de 1968. Según su literalidad, en las relaciones entre los estados parte se aplica en general la teoría de la constitución, siempre y cuando se trate de la capacidad jurídica y de obrar de una sociedad o persona jurídica constituida válidamente en otro estado miembro (art. 6 del Convenio). De todas formas, según el apartado 1 del artículo 4 de dicho Convenio, se permite a los estados parte establecer una reserva en favor de su Derecho necesario, siempre que la sede real de la sociedad constituida en otro estado miembro se encuentre en su territorio. La República Federal de Alemania ha hecho uso de esta reserva en la Ley de Ratificación del 18 de mayo de 1972. No obstante, el Convenio aún no ha entrado en vigor porque no ha sido ratificado por Holanda.

En la actualidad no puede valorarse si la jurisprudencia antes mencionada, de aplicación exclusiva en el ámbito de la Unión Europea, supone un alejamiento de la teoría de la sede dominante en Alemania y una vuelta a la teoría de la constitución y, en su caso, en qué medida. En una sentencia de 29 de enero de 2003⁶⁸, el Tribunal Federal Supremo, aun conociendo las resoluciones del TJCE recaídas en los casos Centros y Überseering, no permite apreciar tal alejamiento y sólo reconoce que podría apartarse de la teoría de la sede en virtud de acuerdos estatales bilaterales y multilaterales, como el caso por ejemplo en las relaciones de Alemania con los Estados Unidos de América.

2. Derecho aplicable

El Derecho alemán no establece requisitos especiales propios sobre la forma o el contenido del acto constitutivo de una persona jurídica extranjera. En Alemania se reconocen las personas jurídicas existentes y constituidas válidamente según leyes extranjeras, salvo los casos excepcionales descritos en el apartado VI.1. Lo mismo sucede con respecto a modificaciones ulteriores de los estatutos, incluida la modificación de la forma jurídica y el nombramiento de los órganos de representación. Si esas acciones jurídicas se realizan válidamente según el derecho extranjero aplicable, serán reconocidas en Alemania sin necesidad de que concurren otros requisitos. Según una sentencia anterior del Tribunal Federal Supremo, el derecho extranjero aplicable conforme a la teoría de la sede sólo determina “las condiciones en las que nace, vive y se desarrolla la persona jurídica”⁶⁹. Los estatutos de la sociedad determinan en particular toda la organización jurídica de una sociedad y por lo tanto a ellos corresponde íntegramente regular la constitución y organización interna⁷⁰. Desde el punto de vista alemán es suficiente con que se acredite que se cumplen los requisitos formales del Derecho extranjero aplicable, sin que sea necesario atender ningún otro requisito formal adicional.

⁶⁷ *Zimmer* Revista NJW 2003, 3585 y ss.

⁶⁸ Revista NJW 2003, 1607.

⁶⁹ BGHZ 25, 134/144.

⁷⁰ RGZ 73, 366/367.

3. Acuerdos internacionales

Como ya se ha mencionado en el número 1 del apartado VI, en virtud de la libertad de establecimiento que rige en el espacio jurídico de la Comunidad Europea (art. 43 y ss. del Tratado de la Comunidad Europea, TCE), los estados miembros de la Comunidad Europea están obligados, en general, a reconocer cualquier sociedad (incluida su personalidad jurídica) que haya sido constituida de forma válida según la legislación de otro estado miembro, e incluso cuando la actividad empresarial de la sociedad no se desarrolle en el estado donde se constituyó sino en otro estado miembro. Todos los estados miembros deben por tanto valorar toda sociedad constituida en otro estado miembro en conjunto según el Derecho de Sociedades del estado donde se constituyó y aceptarla. En este contexto, el Derecho alemán se ajusta a la teoría de la constitución apartándose así de la teoría de la sede aplicada de forma mayoritaria en virtud de las disposiciones comunitarias, si bien restringida a las sociedades del espacio jurídico de la Comunidad Europea.

Por lo demás, existen diversos acuerdos bilaterales. En la medida en que existen acuerdos de este tipo con otros estados miembros de la Comunidad Europea, como por ejemplo con España (Acuerdo de Establecimiento del 23 de abril de 1970) o con Gran Bretaña (Acuerdo sobre las Deudas Extranjeras alemanas, firmado en Londres el 27 de febrero de 1953), los cuales se basan en la teoría de la constitución en lo concerniente al reconocimiento mutuo de sociedades, dichos acuerdos han perdido relevancia debido a la jurisprudencia más reciente del TJCE, ya que, tal y como ya se ha mencionado en el apartado VI. 1., ahora entre los estados miembros se aplica ya por norma general la teoría de la constitución.

El acuerdo bilateral más importante en la práctica con un estado no perteneciente a la Comunidad Europea es el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación existente entre Alemania y Estados Unidos del 29 de octubre de 1954⁷¹. La frase 2 del apartado 5 del artículo 25 de este Tratado estipula el reconocimiento mutuo de sociedades que se hayan constituido en el territorio del otro estado parte según sus leyes y demás disposiciones. En consecuencia, las sociedades con capacidad jurídica constituidas válidamente según la legislación de uno de los estados norteamericanos deben tratarse en Alemania como sociedades con capacidad jurídica, con independencia de donde se encuentre su sede administrativa real. Distinto es el caso, según la opinión mayoritaria, del reconocimiento del requisito "genuine link" del Derecho internacional consuetudinario sólo para sociedades extranjeras aparentes ("Pseudo-Foreign-Corporations"). Estas sociedades son sociedades constituidas en Estados Unidos pero que no tienen ningún vínculo real con dicho país y que desarrollan su actividad empresarial exclusivamente en Alemania. Para más información puede consultarse el Comentario de Münch del BGB o Kindler: *Int. Gesellschaftsrecht* n° 241 y ss.

En virtud de distintos acuerdos para la protección del capital, la República Federal Alemana está obligada a reconocer las sociedades del estado contratante que han establecido su sede en el extranjero, incluso con independencia de la teoría (de la sede o de la constitución) que siga el estado dónde se encuentra la sede. Por el contrario, si la sede administrativa real de la

⁷¹ BOE 1956 II, pág. 487.

sociedad del estado contratante se encuentra en Alemania, la sociedad no será reconocida en aplicación de las regulaciones adoptadas contractualmente del Derecho de Sociedades Internacional alemán⁷². Existen acuerdos de ese tipo con Bolivia, Ghana, Honduras, La India, Indonesia, Yugoslavia, Camerún, Cuba, Rumania, Senegal, Chad⁷³ y muchos otros países.

Además existen otros muchos acuerdos bilaterales que carecen de relevancia por haberse celebrado con países que, como Alemania, también siguen la teoría de la sede. Es decir, en relación con el reconocimiento mutuo de sociedades, éstas se vinculan a su sede real. Se han concertado acuerdos de ese tipo con Egipto, Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Costa de Marfil, Marruecos, Nicaragua, Paraguay, Rusia, Sudáfrica, Togo, Ucrania, Uruguay, Venezuela etc.⁷⁴.

4. Pruebas sobre la existencia y representación de personas jurídicas extranjeras

El Derecho Privado Internacional alemán no contiene normas de conflicto sobre la prueba de la existencia y las facultades de representación de las personas jurídicas extranjeras.

En relación con las personas jurídicas nacionales, la prueba se practica generalmente mediante un extracto autenticado del registro judicial correspondiente a la persona jurídica, siempre y cuando ésta deba inscribirse en un registro. Para las asociaciones con capacidad jurídica es el Registro de Asociaciones, para las sociedades de capital (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades comanditarias por acciones) y las mutualidades aseguradoras, el Registro Mercantil y para las cooperativas, el Registro de Cooperativas. En el caso de las personas jurídicas que adquieren la capacidad jurídica mediante reconocimiento estatal (fundaciones, asociaciones con ánimo de lucro, asociaciones extranjeras), la prueba de la existencia y representación se realiza mediante un certificado oficial expedido por la autoridad competente para otorgar el reconocimiento. En Alemania tienen también gran relevancia práctica las certificaciones notariales según el artículo 21 de la Ley Federal de Notarios, ya que tienen la misma fuerza probatoria que los extractos de un registro público. El notario puede expedir una certificación de este tipo acerca de cualquier relación jurídica de una persona jurídica (o de cualquier otra sociedad mercantil) inscrita en un registro público, siempre y cuando haya tenido conocimiento de ello a raíz de la consulta del registro correspondiente. Existe un modelo de certificación notarial en los idiomas alemán, francés e inglés en el *Notarius International Heft* 1-2, 2002, pág. 97 y ss.

Siempre que una persona jurídica extranjera esté inscrita en un registro público, en la práctica jurídica alemana se aceptará la prueba de la existencia y de las relaciones de representación mediante un extracto oficial reciente o copia del registro. Asimismo se exige que los documentos estén traducidos al alemán por un traductor jurado. La cuestión de si ante instancias oficiales (en especial como prueba ante autoridades, órganos jurisdiccionales, registros, oficinas del Registro de la Propiedad, etc. alemanes) es suficiente el certificado de existencia y representación con sello oficial expedido por un notario extranjero no tiene una

⁷² *Kindler*, op.cit., N° 239.

⁷³ Enumeración en *Kindler*, op.cit., N° 239.

⁷⁴ Enumeración en *Kindler*, op.cit., N° 240.

respuesta única. La práctica jurídica, sobre todo en el caso de los Registros Mercantiles y las oficinas del Registro de la Propiedad alemanes, es en este punto muy dispar. Las correspondientes certificaciones procedentes del ámbito del notariado latino cuando se basan en la consulta de un registro oficial son reconocidas en la práctica con relativa facilidad. La forma y el procedimiento de tales certificaciones se rigen por el derecho extranjero correspondiente, en el que en general se parte del principio de la experiencia de que han sido realizadas correctamente y según las normas de competencia pertinentes⁷⁵.

Con respecto a las personas jurídicas de países en los que no existe un registro oficial, en concreto un Registro Mercantil o un Registro de Sociedades, o en los que aunque existe no proporciona información sobre todos los aspectos jurídicos relevantes, la práctica de la prueba sobre la existencia y representación resulta bastante problemática en Alemania. Esto se plantea sobre todo con las personas jurídicas del ámbito jurídico anglo-americano. Normalmente se les exige un "certificate of incorporation" oficial (expedido en Estados Unidos por el "Secretary of State" por ejemplo) como prueba de la existencia y un certificado de representación (a ser posible sellado) expedido por la persona competente para ello según el derecho extranjero (en Estados Unidos, el "secretary" de la sociedad por ejemplo). Esta persona competente deberá legalizar ante un notario (también notary public) el contenido del certificado de representación que ha expedido, así como autenticar la firma de dicha legalización⁷⁶.

5. Prueba de autenticidad con relación a documentos extranjeros

La cuestión de si en Alemania se reconoce como auténtico, sin exigir otras formalidades, un certificado de existencia o representación expedido por una autoridad extranjera, un tribunal extranjero o por una persona extranjera autorizada para dar fe pública (en especial, el notario) no ha sido regulada jurídicamente y en la práctica no se trata de forma uniforme. No obstante, con algunos países existen acuerdos bilaterales en virtud de los cuales (de forma diversa) no se exigen otros requisitos de prueba. Como consecuencia de la firma de tales acuerdos por ejemplo en el tráfico jurídico con Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia y Austria se renuncia a cualquier otra prueba de autenticidad con respecto a los documentos y certificados expedidos por las autoridades, órganos jurisdiccionales y notarios de esos países. En relación con Suiza se aplica este mismo principio, aunque en este caso las certificaciones notariales deben incluir la apostilla.

Por lo demás, para certificaciones oficiales o notariales puede exigirse la legalización en el sentido de la frase 2 del artículo 2 del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, es decir una certificación formal de la autenticidad expedida por la oficina de representación en el extranjero de la República Federal de Alemania (en algunos casos, tras la certificación provisional por parte de una o varias autoridades del estado que expide el documento). En las relaciones con los estados que, como Alemania, han ratificado el Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961 sobre la exención de la legalización para los documentos públicos

⁷⁵ Véase Tribunal Superior Territorial (OLG) de Colonia, *Rechtspfleger* 1989, 66.

⁷⁶ Con referencia a las sociedades inglesas y estadounidenses véase *Heinz* en ZNotP 2000, 410 y ss., *Langheine* en NZG 2001, 1123 y ss. y *Fischer* en ZNotP 1999, 352 y ss.

extranjeros, es suficiente no obstante con el certificado de autenticidad de la autoridad competente del estado que expide el documento en forma de apostilla.

Cuando los documentos o certificaciones oficiales o notariales estén redactados en un idioma extranjero podrá exigirse la traducción al alemán por parte de un intérprete o un traductor jurado.

Segunda parte

Cuestionario

Pregunta 1:

Indicar si en su país la regulación legal de las personas jurídicas de naturaleza privada es competencia de una ley de aplicación a todo el territorio del Estado o bien es competencia de diversas leyes de aplicación regional ?

Respuesta:

En Alemania existen normas jurídicas unitarias para las distintas formas de personas jurídicas de naturaleza privada. Sólo en relación con la fundación con capacidad jurídica de derecho privado, cuyos principios básicos generales están regulados con efectos vinculantes en el Código Civil alemán (BGB, art. 80 a 88), hay normativas de ejecución regionales que se concretan en las leyes en materia de fundaciones de cada estado federado, las cuales sin embargo no presentan grandes diferencias jurídico-materiales, sino únicamente de procedimiento.

Las leyes más importantes de aplicación general en todo el país en materia de personas jurídicas de naturaleza privada son el BGB, que regula la forma jurídica de las asociaciones (art. 21 y ss.) y de las fundaciones (art. 80 y ss.), la Ley de Sociedades Anónimas (AktG), reguladora de la forma jurídica de las sociedades anónimas (AG) y de las sociedades comanditarias por acciones (KG aA), la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (GmbHG) sobre la forma jurídica de las sociedades de responsabilidad limitada (GmbH), la Ley relativa a las sociedades cooperativas y cooperativas económicas (Ley de Cooperativas, GenG) y la Ley de Control de Seguros (VAG), que regula la forma jurídica de las mutualidades aseguradoras (VVG).

Pregunta 2:

¿Cuáles son los diversos tipos de personas jurídicas de naturaleza privada que reconoce el derecho del Estado al que pertenece el notariado que responde el cuestionario?

Las personas jurídicas de naturaleza privada pueden distinguirse en patrimonios especiales de fundación con capacidad jurídica y sin socios y corporaciones organizadas según el derecho corporativo. Entre éstas últimas, se encuentran la asociación de Derecho Civil, las sociedades de capital (en especial, la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada), la cooperativa y la mutualidad aseguradora (VVG).

2.1. Fundación (art. 80 - 88 del BGB)

La fundación es una persona jurídica que se crea para la consecución de determinados fines especiales (generalmente, benéficos). A diferencia de las demás personas jurídicas de naturaleza privada no consiste en una asociación de personas, es decir, no tiene miembros. Por tanto, la

fundación representa un patrimonio especial con capacidad jurídica, adquirida mediante el reconocimiento de las autoridades competentes del estado federado en el que tiene su sede (apdo.1, art. 80 del BGB).

*

El Derecho alemán sobre fundaciones se caracteriza por su escasa regulación legal y la amplia libertad de configuración atribuida al fundador. Con la forma jurídica de la fundación se perpetúa la voluntad de los fundadores a lo largo de la vida de la fundación.

El Derecho alemán sobre fundaciones únicamente prevé como órgano necesario de la fundación el Patronato (apdo. 1, art. 86 del BGB), aunque en la práctica los estatutos de la fundación acostumbra a establecer la institución de consejeros, curadores o figuras similares.

La capacidad jurídica de la fundación se reconoce cuando el acto fundacional reúne los requisitos mínimos legales previstos en el apartado 1 del artículo 81 del BGB (véase a este respecto el punto 4.1), parece asegurado el cumplimiento duradero del objetivo de la fundación y no se ve amenazado dicho objetivo o el interés general (apdo. 2, art. 80 del BGB).

Las fundaciones con capacidad jurídica de derecho privado están sujetas a supervisión estatal por parte de las autoridades competentes de los estados federados. Dicha supervisión se centra por un lado en el cumplimiento de las leyes y por otro en la realización de la voluntad del fundador y el cumplimiento de los estatutos fundacionales.

Con la disolución de la fundación, su patrimonio revierte en las personas especificadas en los estatutos y si no existe una disposición en este sentido en el erario del estado federado en cuyo territorio se encuentre la sede de la fundación (art. 88 del BGB).

2.2. Asociaciones (art. 21 -79 del BGB)

El Código Civil alemán distingue por un lado entre “asociaciones sin ánimo de lucro “ (art. 21 del BGB) – también denominadas “asociaciones ideales” –, cuyos fines no están orientados al ejercicio de un negocio lucrativo y que adquieren la capacidad jurídica mediante su inscripción en el Registro de Asociaciones del Juzgado de Distrito correspondiente al lugar donde tienen su sede, y por otro, “asociaciones con ánimo de lucro” (art. 22 del BGB) – poco frecuentes en la práctica – que adquieren la capacidad jurídica mediante concesión estatal del estado federado en el que se encuentra su sede. Según el artículo 23 del BGB, a una asociación extranjera cuya sede no se encuentre en Alemania se le puede atribuir capacidad jurídica interna a través del reconocimiento por parte del Ministro Federal competente para ello. El precepto del artículo 23 del BGB tiene poca relevancia en la práctica, dado que sólo afecta a aquellas asociaciones extranjeras que no tienen capacidad jurídica en el país del que proceden (las asociaciones que sí tienen capacidad jurídica según las leyes del país extranjero donde tienen su sede son consideradas entidades con capacidad jurídica en virtud de las normas generales del Derecho Privado Internacional alemán sin exigirles otras formalidades) y pretendan adquirirla conforme al Derecho alemán (véase *Comentario de Münch BGB/Reuter* art. 23 nº 1). En la práctica jurídica más reciente sólo se ha dado un caso de este tipo en Alemania (*Comentario de Münch BGB*, op.cit.), por lo que la relevancia

práctica del artículo 23 del BGB tiende a ser nula, lo que no es necesario tratar en profundidad esta forma de manifestación de las personas jurídicas de naturaleza privada.

Para constituir una asociación registrada (e.V.) sin ánimo de lucro son necesarios siete miembros como mínimo, mientras que para constituir una asociación con ánimo de lucro se requieren al menos dos.

La concesión de la capacidad jurídica de una asociación con ánimo de lucro sólo tiene lugar cuando a los socios, por circunstancias especiales, no les es posible o exigible organizarse como sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada o cooperativa (Tribunal Administrativo Federal (BverwG) NJW 1979, 2261; BGHZ 85, 89).

Los miembros de la asociación se dotan de unos estatutos que deben cumplir determinados requisitos legales mínimos.

La asociación debe contar con los dos órganos prescritos en la ley: la Directiva, que representa a la asociación judicial y extrajudicialmente (art. 26 del BGB), y la Junta General, que regula los asuntos de la asociación siempre y cuando no sean competencia de la Directiva o de otro órgano estatutario (art. 32 del BGB).

En caso de disolución de la asociación, el patrimonio de ésta revierte en las personas especificadas en los estatutos y en su defecto en el erario del estado federado en cuyo territorio esté la sede de la asociación (art. 45 del BGB).

2.3. Sociedades de capital

Las sociedades de capital son personas jurídicas con un capital mínimo fijado por la ley. La cuantía del capital garantizado, que debe ser como mínimo equivalente al capital mínimo fijado por la ley, se fija en los estatutos o en el contrato de sociedad.

El Derecho alemán sobre sociedades de capital distingue entre dos formas principales: la sociedad anónima (AG), regulada en la Ley de Sociedades Anónimas (AktG), y la sociedad de responsabilidad limitada (GmbH), regulada en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (GmbHG) (véase también al respecto *Hertel, Les différentes types de sociétés du droit allemand*, en *Revue Hellénique de Droit International* 2001, 189 y ss.).

2.3.1. Sociedad anónima (AG)

Una sociedad anónima sólo puede ser fundada por una o varias personas, también personas jurídicas (§ 2 de la AktG). La constitución de la sociedad anónima, incluida la redacción de los estatutos, debe escriturarse ante notario (art. 23 de la AktG). El capital social, que puede aportarse en metálico o en especie, debe ascender como mínimo a 50.000,-- Euros y se distribuye en acciones representadas por medio de título y acciones con valor nominal. La sociedad anónima debe contar obligatoriamente con tres órganos:

- La Junta General de Accionistas (art. 118 y ss. de la AktG), formada por los accionistas y cuyas funciones esenciales son el nombramiento de los miembros del Consejo de Supervisión y la toma de decisiones sobre la aplicación del beneficio contable, la aprobación de la gestión de los miembros del Consejo de Supervisión y del Consejo de Administración, el nombramiento de los auditores, así como sobre las modificaciones de los estatutos, incluidas las medidas relacionadas con el capital (aumento o reducción del capital).
- El Consejo de Administración (art. 76 y ss. de la AktG), cuyos miembros son nombrados por el Consejo de Supervisión por un período máximo de 5 años (se permite un nuevo nombramiento, apdo. 1, art. 84 de la AktG) y cuyas funciones son la administración y la representación de la sociedad, es decir la gestión de la sociedad bajo su propia responsabilidad.
- El Consejo de Supervisión (art. 30, 95 y ss. de la AktG), cuyos miembros, siempre y cuando no deban ser nombrados por los trabajadores en virtud de regulaciones legales sobre gestión compartida, son elegidos por la Junta General de Accionistas y sus funciones principales son el nombramiento, la destitución y la supervisión constante de los miembros del Consejo de Administración, así como la representación judicial y extrajudicial de la sociedad frente a los miembros del Consejo de Administración (art. 84, apdo. 1 art. 111 y art. 112 de la AktG). En los casos siguientes, en virtud de la regulación legal sobre gestión compartida con los trabajadores, es obligatoria la participación de los representantes de los trabajadores en el Consejo de Supervisión de la AG: en las empresas mineras (empresas de explotación minera y empresas siderúrgicas) con más de 1000 empleados el Consejo de Supervisión está formado por cinco representantes de los accionistas, otros cinco de los trabajadores y un miembro "neutral" (Ley de Cogestión Minera de 1951). Las sociedades anónimas con más de 2000 trabajadores en las que no rige la gestión compartida están sometidas según la Ley de Gestión Compartida de 1976 a la cogestión paritaria. Es decir, el Consejo de Supervisión debe estar compuesto por un número igual de representantes de los accionistas y de los trabajadores. En el caso de sociedades anónimas con más de 500 y menos de 2000 trabajadores que no están sujetas ni a la Ley de Cogestión Minera de 1951 ni a la Ley de Gestión Compartida de 1976, el Consejo de Supervisión debe estar formado por representantes de los accionistas en dos terceras partes y por representantes de los trabajadores en una tercera parte (paridad terciaria, Ley de Comités de Empresa de 1952).

2.3.2. Sociedad de responsabilidad limitada (GmbH)

Al igual que la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada (GmbH) puede ser fundada por una o varias personas (art. 1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, GmbHG). El contrato de sociedad requiere la forma notarial (art. 2 de la GmbHG). El capital social, que también puede aportarse en metálico o en especie, debe ser como

mínimo de 25.000,00 EUR, dividido en las aportaciones de cada socio. En principio, la GmbH sólo debe disponer obligatoriamente de dos órganos: la Junta General y el Consejo de Administración:

- En concreto, son competencia de la Junta General, según el art. 46 de la GmbHG, las cuentas anuales y la distribución de beneficios, la reclamación de las aportaciones pendientes, el nombramiento, la destitución y la aprobación de la gestión de los administradores, el establecimiento de reglas para verificar y supervisar la administración, la representación de la sociedad frente a los administradores, así como según el artículo 53 de la GmbH la modificación de los estatutos sociales, incluido el aumento o la reducción del capital.
- Los administradores representan a la sociedad judicial y extrajudicialmente (art. 35.1 y 36 de la GmbHG). A menos que los estatutos dispongan otra cosa, son nombrados y destituidos por la Junta General (nº 5 art. 46 de la GmbHG). A diferencia de lo que ocurre en las sociedades anónimas, la ley no establece un período máximo de duración del mandato. Los administradores deben observar las limitaciones que les hayan sido impuestas en el contrato de sociedad o en los acuerdos adoptados por los socios (apdo.1 art. 37. de la GmbHG), por lo que están sometidos a la facultad normativa de los socios. No obstante, esta limitación de la facultad de representación sólo es válida para las relaciones internas de la sociedad y nunca para las relaciones frente a terceros (apdo. 2 art. 36 de la GmbHG).
- La GmbHG no prevé un Consejo de Supervisión para las GmbH, pero puede ser establecido estatutariamente (art. 52 de la GmbHG). Sin embargo, de las disposiciones legales sobre gestión compartida con los trabajadores puede derivarse la obligación de crear también un Consejo de Supervisión en las GmbH. En ese caso se tratará de un modelo de comités de empresa basado en la paridad terciaria cuando la GmbH tenga más de 500 trabajadores (Ley de Comités de Empresa de 1952), en la cogestión "quasi paritaria" cuando cuente, en general, con más de 2000 empleados (Ley de Gestión Compartida de 1976) y en la cogestión minera paritaria cuando tenga, en general, más de 1000 empleados en el sector minero (Ley de Cogestión Minera de 1951).

2.3.3. Si se compara la sociedad anónima (AG) con la sociedad de responsabilidad limitada (GmbH), la AG, sobre todo por la posibilidad de cotizar en bolsa, está más orientada al capital mientras que la GmbH, debido a la flexibilidad prevista por la ley, se considera en la práctica jurídica más orientada a las personas. Los socios de la GmbH tienen un poder normativo distinto al de los accionistas de la AG con respecto a la administración. Debido a la radical separación establecida entre el ámbito de los propietarios del capital (accionistas) y la gestión (órganos externos), la AG se caracteriza por una mayor autonomía de la empresa frente al sujeto de derecho y los propietarios del capital en comparación con las demás formas jurídicas societarias, incluida la GmbH. En la redacción de los estatutos sociales, los socios de la GmbH tienen mayor libertad, mientras que los estatutos de la AG sólo pueden apartarse de las rígidas disposiciones previstas en la Ley de Sociedades Anónimas cuando lo permita la propia ley (apdo. 5 art. 23 de la AktG).

Las dos formas societarias, AG y GmbH, tienen en común que sólo adquieren la capacidad jurídica con su inscripción en el Registro Mercantil.

2.4. Cooperativas

La cooperativa registrada (eG) es una forma especial de asociación con ánimo de lucro. Sus aspectos jurídicos están regulados en la "Ley Reguladora de las Sociedades Cooperativas y Cooperativas Económicas " (Ley de Cooperativas, GenG).

El artículo 1 de la GenG describe las cooperativas como "sociedades de un número de socios no cerrado que tienen como finalidad fomentar el lucro o las aspiraciones económicas de sus socios de forma conjunta". A modo de ejemplo, en el artículo 1 de la GenG se mencionan, entre otras:

- Sociedades de garantía recíproca (bancos cooperativos)
- Asociaciones para la venta en común de productos agrícolas o industriales (cooperativas de venta, como por ejemplo cooperativas vinícolas)
- Asociaciones para la fabricación de artículos y su venta a cuenta común (cooperativas de producción)
- Asociaciones para la compra al por mayor y la venta al por menor de artículos o bienes que satisfagan necesidades económicas y vitales (cooperativas de consumo)
- Asociaciones para la adquisición de bienes destinados a la explotación agrícola o industrial y su utilización a cuenta común
- Asociaciones para la construcción de viviendas (cooperativas de viviendas)

La forma jurídica especial de la cooperativa se basa en la idea de la autoayuda organizada en forma de asociación. A diferencia de la AG o la GmbH, la forma jurídica de la eG no puede adoptarse para cualquier objeto social, sino que debe perseguir de un fin específicamente cooperativo.

La cooperativa debe constituirse por al menos 7 personas (art. 4 de la GenG) mediante el acuerdo por escrito de los estatutos (art. 5 de la GenG). Las personas jurídicas también pueden ser miembros de la cooperativa.

La Ley de Cooperativas prescribe tres órganos para la forma jurídica de la cooperativa registrada:

- el Consejo Rector como órgano de administración y representación, que debe estar formado por al menos dos miembros y que es elegido por la Asamblea General (art. 24

de la GenG)

- el Consejo de Supervisión como órgano de control, que debe estar compuesto por al menos 3 miembros elegidos por la Asamblea General (art. 36 de la GenG) y cuyas funciones son el control del Consejo Rector y la representación de la cooperativa frente a los miembros del Consejo Rector (art. 38 y 39 de la GenG)
- la Asamblea General (art. 43 de la GenG) como asamblea de socios. En el caso de cooperativas de más de 1500 socios, los estatutos también pueden determinar que los derechos de la Asamblea General sean asumidos por una Asamblea de Representantes cuyos miembros deben ser designados por los cooperativistas (art. 43a de la GenG)

Tanto los miembros del Consejo Rector como los del Consejo de Supervisión, siempre y cuando el derecho de gestión compartida (véase el apartado 2.3.2.) no prescriba la participación de los trabajadores, deben ser cooperativistas (apdo. 2, art. 9 de la GenG).

Las cooperativas están sujetas a un control regular por parte de una asociación de auditoría reconocida por el Estado. El objeto de dicho control es inspeccionar las relaciones económicas y la corrección de la administración (art. 53 de la GenG). La cooperativa debe estar afiliada obligatoriamente de una de esas asociaciones de auditoría (art. 54 de la GenG, afiliación obligatoria).

La cooperativa adquiere personalidad jurídica con su inscripción en el Registro de Cooperativas correspondiente del lugar donde tenga la sede la cooperativa, el cual gestionan los Juzgados de Distrito (art. 13 de la GenG).

2.5. Mutualidades aseguradoras (VVaG)

El carácter especial de la VVaG radica en ser una mutualidad de base corporativa. En ella concurren personas (físicas y/o jurídicas) para repartirse sus riesgos y cubrir los perjuicios mediante una caja común. Están reguladas en la Ley de Control de Seguros (VAG).

La VVaG es una forma especial de asociación con ánimo de lucro. La constituyen los fundadores mediante la escrituración notarial de los estatutos (art. 17 y 18 de la VAG). Adquiere personalidad jurídica mediante licencia administrativa (art. 15 de la VAG). Sólo pueden ser socios los que establezcan una relación mutualista con la asociación (frase 2 del art. 20 de la VAG), aunque la VVaG puede mantener relaciones mutualistas con no socios si lo permiten los estatutos (apdo. 2 art. 21 de la VAG).

Los fundadores de una VVaG deben constituir un fondo para gastos de constitución (art. 22 de la VAG), así como una reserva para cubrir pérdidas (art. 37 de la VAG). Quien entre a formar parte de una VVaG una vez se ha constituido, no tendrá que participar, en general, en el capital garantizado.

La organización de la VVaG es similar a la de las cooperativas (véase la sección 2.4). El órgano de administración y representación es el Consejo de Administración, que en la VVaG es nombrado no obstante por el Consejo de Supervisión. Éste debe ser elegido por la Asamblea de Socios y su función es supervisar la administración. La Asamblea de Socios es el "órgano superior" de la VVaG (art. 29 VAG) y en las VVaG grandes se denomina "Representación de Socios" que a menudo es comparable con la Asamblea de Representantes de las cooperativas.

Pregunta 3:

¿Existen dentro de cada tipo de personas jurídicas de naturaleza privada, diferentes especies?

3.1. Fundación

En el Derecho alemán sobre fundaciones no existen subcategorías específicas en lo concerniente a las condiciones jurídicas de constitución y a otros preceptos legales de Derecho Civil.

De todas formas, según los fines de la fundación se distingue fundamentalmente entre:

- Fundaciones benéficas: en la práctica es el tipo más frecuente (aproximadamente el 95% de todas las fundaciones de Alemania) y están exentas de impuestos porque sus fines son exclusivamente benéficos, caritativos o religiosos (art. 51 y ss. de la Ordenanza Tributaria, AO).
- Fundaciones asociadas a una empresa: son fundaciones que gestiona una empresa (fundaciones de la titularidad de empresas) o fundaciones entre cuyo patrimonio se encuentra la participación en una sociedad de personas o de capital.
- Fundaciones familiares: otra forma de aplicación real de la fundación constituida para proteger los intereses de una familia. (Los motivos pueden ser por ejemplo la perpetuación de la voluntad de la empresa más allá de la muerte, la protección del patrimonio frente a su dispersión, el apoyo, la promoción y la asistencia a miembros de la familia, etc.).

Sin embargo, debe advertirse de nuevo que todos estos tipos de fundación no representan formas jurídicas especiales de la fundación, sino que se trata de distintas formas de aplicación práctica del tipo jurídico unitario de la fundación con capacidad jurídica de Derecho Civil

3.2. Asociaciones

La distinción entre asociaciones sin ánimo de lucro, denominadas también "asociaciones ideales", y asociaciones con ánimo de lucro ya se ha explicado en la sección 2.2.

No existen más subcategorías, aun cuando también en este caso hay numerosas formas de aplicación práctica distintas. La mayoría de las asociaciones con capacidad jurídica persiguen fines benéficos con ventajas fiscales, en especial para el fomento del deporte, la cultura, la ciencia o para la consecución de fines caritativos.

3.3. Sociedades de capital

Las dos formas de sociedades de capital, es decir la sociedad anónima (AG) y la sociedad de responsabilidad limitada (GmbH), ya se han descrito en la sección 2.3.

3.3.1. En el caso de las sociedades anónimas puede distinguirse a su vez entre sociedades anónimas con muchos accionistas y sociedades anónimas con pocos accionistas.

La AG con muchos accionistas se corresponde con el tipo histórico de sociedad anónima más auténtico. Es la forma jurídica apropiada para empresas que están orientadas a la propiedad dispersa de un amplio número de inversores.

Desde el año 1994 la Ley de Sociedades Anónimas (AktG) incluye regulaciones especiales para la denominada AG con pocos accionistas. Éstas consisten en sociedades anónimas no destinadas a cotizar en bolsa (apdo. 2, art. 3 de la AktG), es decir AG unipersonales o AG con un accionariado cerrado. A esta subcategoría de sociedades anónimas se aplican algunos trámites simplificados. Así por ejemplo, a diferencia de la AG con muchos accionistas, los acuerdos de la Junta General sólo deben escriturarse notarialmente cuando la ley prevea para su adopción una mayoría de tres cuartas partes o superior. Respecto a los demás acuerdos basta con el acta firmada por el presidente del Consejo de Supervisión (art. 130 AktG). A la AG con pocos accionistas no se aplica la obligación del Consejo de Administración y del Consejo de Supervisión de declarar anualmente la aplicación o no aplicación de las recomendaciones de la "Comisión Gubernamental del Código alemán de Administración Corporativa (Deutscher Corporate Governance Kodex)" (art. 161 AktG).

A las "AG familiares", sociedades anónimas cuya totalidad de las acciones son propiedad de una familia, se aplica una particularidad de derecho de gestión compartida. En este contexto, en las empresas fundadas desde el 10 de agosto de 1994 que tienen menos de 500 trabajadores, el Consejo de Supervisión está formado exclusivamente por representantes de los accionistas y, por tanto, no es necesaria la participación de representantes de los trabajadores (apdo. 6 art. 76 de la Ley sobre Comités de Empresa de 1952).

3.3.2. Otra forma especial, aunque poco frecuente en la práctica, es la sociedad comanditaria por acciones (KGaA), regulada en los art. 278 y ss. de la Ley de Sociedades Anónimas.

El apartado 1 del artículo 278 de la AktG define la esencia de las KGaA de la forma siguiente: "sociedad con personalidad jurídica propia en la que como mínimo un socio responde de forma ilimitada frente a los acreedores de la sociedad (socio responsable personalmente) y los demás participan en el capital social dividido en acciones sin asumir

responsabilidad personal alguna con respecto a las obligaciones de la sociedad (accionistas comanditarios).” La KGaA es una forma mixta de sociedad comanditaria y sociedad anónima en la que el crédito personal y el carácter de órgano de los socios responsables personalmente se conjugan con la estructura de capital de la sociedad anónima y la cotización en bolsa de sus participaciones.

La KGaA debe tener como mínimo un socio responsable personalmente que según la jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo (BGHZ 134, 394) puede ser también una sociedad de capital y por tanto también una GmbH, en contra de la interpretación dominante en el pasado (véase también apdo.2, art. 279 AktG). El socio responsable personalmente puede, pero no debe, realizar una aportación al patrimonio social. Esta aportación puede, pero no debe, incluirse en el capital social. Si se incluye, el socio responsable personalmente será al mismo tiempo accionista comanditario.

El socio responsable personalmente es el órgano de administración y representación de la KGaA y en principio no es posible que los estatutos establezcan una limitación amplia a su poder de representación (art. 278.2 AktG, 161.2, 114 y ss., 126. 2 HGB). El socio responsable personalmente está obligado a una prohibición de competencia (art. 284 AktG). Por lo demás, es titular en lo esencial de los derechos y obligaciones del Consejo de Administración según el derecho de sociedades anónimas (art. 283 AktG). El socio responsable personalmente responde de forma ilimitada de todas las obligaciones de la sociedad y si existen varios socios responsables personalmente responderán de forma solidaria.

Los derechos de los accionistas comanditarios se determinan según las disposiciones del derecho de sociedades anónimas (véase art. 278. 3 AktG). En la Junta General, los socios responsables personalmente sólo tienen derecho de voto, aun cuando sea restringido, si al mismo tiempo son accionistas comanditarios (apdo. 1 art. 285 AktG). De todos modos, los acuerdos de la Junta General relativos a cuestiones esenciales de la sociedad requieren, según el apartado 2 del artículo 285 de la AktG, el voto favorable de los socios responsables personalmente.

Al igual que en el caso de la sociedad anónima, para la KGaA también debe constituirse un Consejo de Supervisión y a este respecto podemos remitirnos a lo ya mencionado para la sociedad anónima. El Consejo de Supervisión ejecuta los acuerdos de la Junta General y representa a todos los accionistas comanditarios en los conflictos jurídicos que se produzcan frente a los socios responsables personalmente (art. 287 AktG). Dado que la KGaA debe estar representada obligatoriamente por los socios responsables personalmente, el Consejo de Supervisión, a diferencia de cuanto ocurre en la sociedad anónima, no necesita nombrar un órgano de representación de la sociedad.

Para la constitución de una KGaA son necesarios al menos cinco fundadores, que deberán documentar los estatutos en acta notarial.

- 3.3.3. Al margen de la clasificación en GmbH unipersonales y pluripersonales, que no presentan diferencias esenciales en cuanto a los requisitos legales, no existen otros subtipos de la forma jurídica de la sociedad de responsabilidad limitada. No obstante, pueden establecerse diferencias según el objeto social y la estructura de los socios en atención a la configuración estatutaria de la GmbH, basada en el reconocimiento de una mayor libertad contractual.
- 3.4. Tampoco en el caso de las cooperativas registradas existen subtipos especiales de esta forma jurídica.
- 3.5. En cuanto a las mutualidades aseguradoras (VVG), la ley prevé en el art. 53 de la VAG el tipo especial de la "asociación más pequeña". Se trata de asociaciones que, según sus disposiciones, sólo tienen un ámbito de acción muy restringido según el objeto, el lugar o el ámbito personal y para las que se aplican determinadas facilidades con respecto a la rígida regulación de la VVG. A la "asociación más pequeña" sólo le está permitido asegurar a los miembros, de forma que terceras personas no pueden ser tomadores del seguro.

Pregunta 4:

¿Cuáles son los requisitos sustanciales o esenciales para la constitución de cada uno de los diversos tipos y especies de personas jurídicas?

4.1. Fundación

Para la constitución de una fundación con capacidad jurídica en primer lugar se requiere el negocio fundacional (art. 80 del BGB).

El negocio fundacional debe realizarse por escrito mediante un negocio jurídico unilateral *inter vivos* o, en caso de la fundación por causa de muerte, con la disposición *mortis causa* (art. 83 BGB). El negocio fundacional debe contener la declaración vinculante del fundador de donar un patrimonio para el cumplimiento de un fin dispuesto por él mismo (frase 2, apdo. 1, art. 81 BGB).

Mediante el negocio fundacional, la fundación debe dotarse de unos estatutos que, según la frase 3 del apartado 1 del artículo 81 del BGB, deben contener las disposiciones sobre el nombre, la sede, el fin y el patrimonio de la fundación, así como sobre la configuración del Patronato de la fundación.

Si el negocio fundacional no cumple estos requisitos, las autoridades competentes en materia de fundaciones podrán completar los estatutos como corresponda (apdo. 1 art. 81 y art. 83 del BGB). Las leyes sobre fundaciones de los estados federados establecen como regla general la dotación de la fundación con un patrimonio mínimo (generalmente de entre 25.000,-- EUR y 50.000,-- EUR) como condición previa para el reconocimiento de la fundación.

El negocio fundacional debe regular, además del fin de la fundación, sobre todo la organización de la misma. El artículo 86 del BGB remite en este sentido a distintas disposiciones del derecho de asociaciones. Según éstas, la fundación tiene un Patronato como órgano de gobierno que la representa frente a terceros. A menudo, los estatutos de la fundación atribuyen al fundador o a sus allegados el derecho de nombrar el Patronato. Muchas veces los estatutos de la fundación prevén, además del Patronato, un Consejo de la Fundación o un Curatorium como órgano de control al que se le suelen atribuir las funciones de un Consejo de Supervisión (como por ejemplo en las sociedades anónimas).

Si el negocio fundacional cumple los requisitos mínimos legales del apartado 1 del artículo 81 del BGB y parece asegurado el cumplimiento duradero del fin de la fundación, las autoridades competentes del estado federado en cuestión deben reconocer la fundación y otorgarle capacidad jurídica, siempre y cuando el fin de la fundación no sean contrario al interés general (apdo. 2 art. 80. del BGB).

Si el negocio fundacional es consecuencia de una disposición *mortis causa*, las autoridades competentes en materia de fundaciones están autorizadas a subsanar los posibles defectos del negocio fundacional y en particular a redactar o completar los estatutos (art. 83 del BGB).

4.2. Asociaciones

4.2.1. Asociación con ánimo de lucro

Las asociaciones con ánimo de lucro (art. 22 BGB), muy poco frecuentes en la práctica, adquieren capacidad jurídica mediante la concesión estatal otorgada por las autoridades competentes de los estados federados y su constitución debe realizarse por al menos dos miembros.

Las asociaciones con ánimo de lucro pueden ser:

- Asociaciones que actúan como empresas y que participan en el mercado como proveedores de forma programada y remunerada (por ejemplo escuelas privadas, asociaciones turísticas que operan como agencias hoteleras, etc.)
- Asociaciones con actividad empresarial en un mercado interior (por ejemplo asociaciones de consumo, centrales de compras, asociaciones de información, etc.)
- Asociaciones que operan como cooperativas para hacer posible la cooperación empresarial (por ejemplo centros de compensación de medicina privada, centrales de taxis por radio, sociedades de valoración de la propiedad intelectual, etc.),

En este punto es necesario volver a hacer hincapié en que en la práctica jurídica la concesión de la capacidad jurídica depende por lo general de que a los socios

constituyentes, por circunstancias especiales, no les sea exigible o posible organizarse como AG, GmbH o cooperativa registrada (BVerwG NJW 1979, 2265; BGHZ 85, 89).

4.2.2. Asociaciones registradas sin ánimo de lucro (e.V.)

La asociación registrada cuyo fin no puede estar orientado a la ejecución de un negocio lucrativo y que adquiere capacidad jurídica mediante su inscripción en el Registro de Asociaciones gestionado por el Juzgado de Distrito competente territorialmente (art. 21 del BGB) deben ser constituida como mínimo por siete miembros (art. 56 del BGB).

Los estatutos, que sólo requieren la forma escrita, tienen que incluir como requisitos mínimos legales el fin, el nombre y la sede de la asociación, así como recoger que la asociación debe ser inscrita en el Registro de Asociaciones (apdo. 1, art. 57 BGB). Además los estatutos deben contener, según el artículo 58 del BGB, disposiciones sobre la admisión y salida de los socios, sobre si deben realizar alguna aportación y en qué cuantía, sobre la constitución de la Directiva, sobre las condiciones que deben darse para convocar la Junta General, así como sobre la forma de convocatoria y la autenticación de los acuerdos que adopte. En caso de que se omita alguno de los requisitos recogidos en los artículos 56 a 58 del BGB, el Registro de Asociaciones denegará la inscripción (art. 60 BGB).

4.3. Sociedades de capital

4.3.1. Sociedad anónima

La sociedad anónima (AG) puede ser constituida por una o varias personas que suscriben las acciones a cambio de las aportaciones en metálico o en especie (art. 2 AktG). La constitución de la sociedad exige que los fundadores acudan al notario para elevar los estatutos a escritura pública (art. 2 y 23.1 AktG). La constitución puede realizarse para cualquier objeto permitido por la ley.

En el artículo 23 de la Ley de Sociedades Anónimas (AktG) se indica el contenido mínimo de la escritura constitucional y de los estatutos. En la escritura deben constar los socios constituyentes, el importe nominal de las acciones suscritas con valor nominal y, en caso de acciones representadas por medio de título, el número de las suscritas por cada socio constituyente, así como el importe desembolsado del capital social (apdo. 2, art. 23 AktG).

Los estatutos deben determinar, según el apartado 3 del artículo 23 de la AktG:

- La razón social y el domicilio social de la sociedad
- El objeto social de la empresa (en caso de empresas industriales y comerciales, también la clase de los productos y mercancías que se fabrican o comercializan).

- La cuantía del capital social, expresado en Euros y debe ser como mínimo de 50.000,-- EURO (art. 6 y 7 AktG).
- La división del capital social bien en acciones con valor nominal o en acciones representadas por medio de título. En el caso de las primeras debe indicarse su valor nominal y el número de acciones por cada valor nominal. En el caso de las segundas, su número y, si existen varias clases de acciones, la clase de las acciones y el número de acciones de cada clase.
- Si las acciones son al portador o nominativas.
- El número de miembros del Consejo de Administración o las reglas por las que se determine ese número.

Además los estatutos deben contener disposiciones sobre la forma que revestirán los actos de comunicación de la sociedad (apdo. 4 art. 23 AktG).

En la práctica, los estatutos suelen contener más disposiciones. Sin embargo, a este respecto debe tenerse en cuenta que, según el apartado 5 del artículo 23 de la AktG, las divergencias de los estatutos con respecto a las indicaciones de la Ley de Sociedades Anónimas sólo son posibles cuando así lo permita expresamente la ley. Las disposiciones complementarias en cambio sí están permitidas, a menos que la ley contenga una regulación cerrada (frase 2, apdo. 5, art. 25 AktG).

Con la autenticación de los estatutos tiene lugar la adquisición de las acciones (suscripción), lo que da lugar a la constitución de la sociedad anónima (art. 29 AktG). Todas las acciones deben ser suscritas por los socios constituyentes. En esta fase queda excluida la posibilidad de la emisión en el mercado de capitales y de la suscripción de las acciones por la propia sociedad. La suscripción de las acciones obliga a los socios constituyentes a desembolsar las aportaciones. Si éstas son en especie deberá especificarse en los estatutos el objeto sobre el que recaen, la persona de la que adquiere la sociedad la aportación en especie y el importe nominal o, en caso de acciones representadas por medio de título, la cantidad de acciones que se otorgan (art. 27 AktG).

Después los fundadores tienen que nombrar mediante acta pública el primer Consejo de Supervisión (provisional), así como los auditores para el primer ejercicio completo o parcial (apdo. 1, art. 30 AktG). A este primer nombramiento no se aplican (aún) las disposiciones legales sobre la participación de los trabajadores en el Consejo de Supervisión (apdo. 2, art. 30 AktG), de forma que el primer Consejo de Supervisión sólo está formado por representantes de los accionistas.

A continuación, el primer Consejo de Supervisión (provisional) nombra al primer Consejo de Administración de la sociedad (apdo. 4, art. 30. 4 AktG).

Los socios constituyentes tienen que elaborar un informe sobre el proceso de constitución (art. 32 AktG) en el que, con relación a posibles aportaciones en especie, también deben

incluirse las circunstancias esenciales para la conveniencia de las aportaciones en especie. Además debe indicarse si durante la constitución se han suscrito acciones a cuenta de algún miembro del Consejo de Administración o del Consejo de Supervisión y en qué cuantía y/o si a dichas personas se les conceden otros privilegios.

Según el apartado 1 del artículo 33 de la AktG, los miembros del Consejo de Administración y del Consejo de Supervisión también deben controlar el proceso constituyente. Además, uno o varios auditores externos (sociedades de auditoría económica o personas con suficiente formación o experiencia en contabilidad, apdo. 4, art. 33 AktG) nombrados por el Juzgado de Distrito competente deberá supervisar el proceso de constitución cuando:

- (1) un miembro del Consejo de Administración o del Consejo de Supervisión sea también socio constituyente,
- (2) durante la constitución de la sociedad se hayan suscrito acciones a cuenta de un miembro del Consejo de Administración o del Consejo de Supervisión,
- (3) un miembro del Consejo de Administración o del Consejo de Supervisión haya pactado, en relación con el proceso de constitución o su preparación, un privilegio especial, una retribución o una indemnización o
- (4) la constitución se realice con aportaciones en especie.

En los casos (1) y (2), el notario que levante acta de la constitución también deberá supervisar el proceso (apdo. 3, art.33 AktG). El informe sobre el control del proceso constituyente debe hacer constar, en concreto, que los datos proporcionados por los socios constituyentes con relación a la suscripción de las acciones, a las aportaciones al capital social, a los privilegios especiales y a las aportaciones en especie son completos y correctos. Este informe debe presentarse ante el Juzgado de Distrito competente (Registro Mercantil), donde podrá ser consultado por cualquier persona (apdo. 3, art. 34 AktG).

4.3.2. Sociedad comanditaria por acciones (KGaA)

La constitución de una KGaA debe realizarse por al menos 5 personas físicas y/o jurídicas en forma autenticada notarialmente (frase 1 del apartado 1 del artículo 280 de la AktG). Por lo menos uno de los socios debe asumir la responsabilidad ilimitada frente a los acreedores de la sociedad (socio responsable personalmente). Los demás socios (socios comanditarios) participan en el capital social dividido en acciones y sólo responden hasta la cuantía de sus aportaciones (apartado 1 del artículo 278 de la AktG).

Al margen de la particularidad referente a la facultad de administración y representación exclusiva del socio o los socios responsables personalmente (apartado 2 del artículo 278 de la AktG), a la KGaA se aplican convenientemente las disposiciones en materia de constitución de las sociedades anónimas (apdo. 3, art. 278 AktG). A excepción de las

regulaciones sobre el Consejo de Administración, los estatutos de la KGaA están sujetos a los mismos requisitos que los de la AG (art. 281.1 y art.23.3 y 23.4 AktG). Véase al respecto la sección 4.3.1. Cuando los socios responsables personalmente deban realizar aportaciones patrimoniales que no vayan a formar parte del capital social, también deberá especificarse en los estatutos la clase y cuantía de dichas aportaciones.

4.3.3. Sociedad de responsabilidad limitada (GmbH)

La GmbH se constituye por una o varias personas físicas o jurídicas mediante la celebración de un contrato de sociedad que debe autenticarse ante Notario (art. 1 y 2 GmbHG). La GmbH puede constituirse para la consecución de cualquier fin lícito (art. 1 GmbHG).

El contenido mínimo del contrato de sociedad incluye, según el artículo 3 de la GmbHG, la razón social y el domicilio social de la sociedad, el objeto social, el importe del capital social (al menos 25.000,-- EUR, art. 5 GmbHG) y la cuantía de la aportación inicial que debe prestar cada socio al capital social (al menos 100,-- EUR, art. 5 GmbHG). Si deben realizarse aportaciones en especie, en el contrato de sociedad deberá señalarse el objeto de la aportación en especie y el importe de la aportación inicial a la que se refiera la aportación en especie (apdo. 4, art. 5 GmbHG). En estos casos, los socios también deberán presentar en un informe de constitución las circunstancias especiales para la conveniencia de las aportaciones en especie (frase 2 del apartado 4 del artículo 5 de la GmbHG). Si la sociedad se constituye con una duración determinada o si los socios deben asumir, además de la prestación de sus aportaciones iniciales, otras obligaciones frente a la sociedad, esto también deberá recogerse en el contrato de sociedad.

La libertad en relación con el contrato de sociedad de una GmbH es más amplia que en el caso de la sociedad anónima. El derecho de la GmbH no está sujeto al principio de rigidez formal de los estatutos, a diferencia de lo que sucede en el caso de las sociedades anónimas. Así por ejemplo es posible adoptar disposiciones sobre obligaciones accesorias u obligaciones de realizar aportaciones posteriores (art. 26 y ss. GmbHG). Mediante el contrato de sociedad se puede dificultar o incluso excluir la posibilidad de transmisión de las participaciones sociales (apdo. 4, art. 15 GmbHG). Con derechos especiales o de suscripción preferente, los socios pueden por ejemplo asegurarse la administración o la mayoría de votos (derechos de voto plural). También pueden adoptarse disposiciones para el caso de muerte de un socio que pueden llegar incluso hasta la exclusión de la sociedad de determinados herederos o de todos ellos. Asimismo son posibles disposiciones sobre la exclusión obligatoria de socios o restricciones de competencia en contra de los socios.

4.4. Cooperativa registrada (eG)

Para constituir una cooperativa es necesaria la concurrencia de al menos siete personas (art. 4 GenG). El estatuto que adopten requiere forma escrita (art. 5 GenG).

El fin de la cooperativa es "fomentar el lucro o las aspiraciones económicas de sus miembros de forma asociada " (art. 1 GenG). Véase al respecto la sección 2.4.

El contenido mínimo de los estatutos incluye (art. 6 GenG):

- la razón social y la sede de la eG
- el objeto de la cooperativa
- disposiciones sobre una eventual obligación de los cooperativistas de realizar aportaciones posteriores en caso de insolvencia de la eG
- disposiciones sobre la convocatoria de la Asamblea General de los Cooperativistas, la escrituración (protocolización) de la Asamblea General y la Presidencia de la misma
- Disposiciones sobre la forma que revestirán los actos de comunicación de la cooperativa

Además el estatuto debe especificar (art. 7 GenG):

- el importe máximo que pueden alcanzar las aportaciones de cada cooperativista (participación), así como los desembolsos de la participación a los que está obligado cada uno de ellos (deben determinarse el importe y los plazos de los desembolsos por un importe global de cómo mínimo una décima parte de la participación).
- disposiciones sobre la creación de una reserva legal para cubrir las pérdidas de balance.

Además el estatuto puede determinar que un cooperativista pueda participar con más de una participación social, así como fijar el número máximo de ellas (apdo. 1, art. 7a GenG). También puede determinar que los cooperativistas participen obligatoriamente con varias participaciones sociales (participación obligatoria apdo. 2, art. 7a GenG), por lo que en este caso deberá tenerse en cuenta el principio de igualdad de trato. Según el artículo 8 de la GenG, el estatuto también puede contener disposiciones sobre la duración de la cooperativa, sobre un ejercicio distinto del año natural, sobre el requisito de mayorías cualificadas, sobre el objeto de los acuerdos de la Asamblea General, sobre si la condición de cooperativista está vinculada a un determinado lugar de residencia del cooperativista o si está admitida la extensión de la actividad de la cooperativa a terceras personas. En cooperativas con más de 1500 socios, el estatuto también podrá determinar que la Asamblea General esté compuesta por representantes de los cooperativistas (Asamblea de Representantes) (apdo. 1, art. 43a GenG). La Asamblea General debe estar integrada por al menos 50 representantes elegidos por los cooperativistas de entre ellos (apartados 2 y 3 del artículo 43a de la GenG).

4.5. Mutualidades aseguradoras (VVaG)

La constitución de la VVaG se realiza en dos fases: por un lado, el acto constitutivo y por otro, la autorización de la autoridad de control competente. El acto constitutivo comprende el acuerdo de los fundadores sobre la constitución de la asociación, incluida la redacción de los

estatutos (art. 17 y ss. VAG), y sobre el nombramiento de los órganos de la asociación (Consejo de Administración, Consejo de Supervisión, Junta General y Asamblea de Representantes, art. 29, 34, 35 y 36 de la VAG). Para la constitución son necesarios, incluso si la ley no prevé un número determinado, como mínimo dos personas (físicas o jurídicas) que además tengan la voluntad según la frase 2 del artículo 20 de la VAG de establecer con la asociación una relación mutualista. Los estatutos deben escriturarse notarialmente según el apartado 2 del artículo 17 de la VAG. El contenido mínimo del estatuto incluye:

- razón social y sede de la asociación
- creación de lo que se denomina un fondo de constitución que debe servir para cubrir los costes de constitución de la asociación y como fondo de garantía.
- disposiciones sobre la obligación de realizar aportaciones
- disposiciones sobre los actos de comunicación de la asociación
- disposiciones sobre la composición del Consejo de Administración, Consejo de Supervisión, Junta General o Asamblea de Representantes
- disposiciones sobre la creación de un fondo de reserva (reserva para pérdidas) y distribución del beneficios (art. 18, 20, 22, 24, 28, 29, 37, 38.2 VAG).

En el caso de la representación se aplican las normas previstas para la sociedad anónima (art. 34.1 VAG y 78.2 y 78.3 AktG), con la particularidad de que el Consejo de Administración debe estar compuesto por al menos dos personas. En cuanto a los demás órganos (Consejo de Supervisión, Junta General o Asamblea de Representantes) se aplican las disposiciones de las sociedades anónimas (art. 35 y ss. VAG).

Por otra parte, la constitución de la VVaG requiere la autorización por parte de la autoridad de control competente para poder celebrar negocios como mutualidad aseguradora (art. 15 VAG). La capacidad jurídica de las VVaG se adquiere con esta autorización administrativa y no sólo con la inscripción en el Registro Mercantil (art. 30 y ss. VAG).

A las denominadas "asociaciones más pequeñas", que son asociaciones que tienen un ámbito de actuación muy limitado desde el punto de vista del objeto, territorial o personal (art. 53 VAG), se les aplican determinadas simplificaciones. Por ejemplo, los estatutos no requieren forma notarial y tampoco es necesaria la inscripción de la asociación en un registro. Tampoco tienen obligación de crear un Consejo de Supervisión, aunque pueden. En lo que se refiere a la estructura organizativa, el artículo 53 de la VAG remite en lo esencial a las disposiciones legales sobre asociaciones de los artículos 24 a 53 del BGB.

Pregunta 5:

¿Cuáles son los requisitos formales para la fundación de cada uno de los diversos tipos y especies de personas jurídicas?

5.1. Fundaciones

El requisito formal para la adquisición de la personalidad jurídica de una fundación de Derecho Civil es el reconocimiento por parte de la autoridad competente del estado federado en el que tiene su sede la fundación (apdo. 1 art. 80 BGB). La atribución de esta competencia está regulada en las leyes en materia de fundaciones de cada estado federado (por ejemplo Consejerías, Gobiernos o Jefaturas de Distrito).

Según el apartado 2 del artículo 80 del BGB, la autoridad competente deberá reconocer la capacidad jurídica de la fundación cuando el negocio fundacional cumpla los requisitos legales del apartado 1 del artículo 81 del BGB (véase al respecto la sección 4.1.), parezca asegurado el cumplimiento duradero de lo fin de la fundación y éste no sea contrarios al interés general.

En las fundaciones *inter vivos* es obligatorio que la solicitud de reconocimiento sea formalizada por el o los fundadores o sus mandatarios. Respecto a las fundaciones *mortis causa*, el reconocimiento deberá ser solicitado por el Tribunal Sucesorio en caso de que no actúen los herederos o albaceas.

En general, a la solicitud se debe adjuntar:

- la escritura pública de la constitución de la fundación (negocio fundacional)
- los estatutos de la fundación
- pruebas o garantías de la aportación del patrimonio de la fundación

5.2. Asociaciones

5.2.1. Asociaciones con ánimo de lucro

Las asociaciones con ánimo de lucro adquieren la capacidad jurídica mediante concesión estatal (art. 22 BGB). Tiene competencia para otorgar esta concesión el estado federado en cuyo territorio se encuentre la sede de la asociación. En general, la autoridad concesionaria es la Consejería del estado federado.

El artículo 22 del BGB limita la concesión de la capacidad jurídica expresamente a los casos en los que para la adquisición de la capacidad jurídica no es de aplicación la legislación federal. Esto significa que las autoridades competentes del estado federado en cuestión podrán conceder la capacidad jurídica sólo cuando a la asociación no le sea exigible adoptar la forma jurídica de una sociedad de capital o cooperativa o renunciar a la adquisición de la capacidad jurídica. Además estas autoridades deberán comprobar si concurren los demás requisitos legales para la constitución de la asociación (véase la sección 4.2.1.)

5.2.2. Asociaciones registradas (sin ánimo de lucro) (e.V.)

La Directiva de la nueva asociación, en concreto a través de todos sus miembros con autoridad para representar a la asociación, debe solicitar su inscripción en el Registro de Asociaciones del Juzgado de Distrito en cuya circunscripción se encuentre la sede de la asociación (art. 59.1 y 55 BGB). La solicitud debe estar autenticada públicamente, en general notarialmente (art. 77 BGB).

A la solicitud debe adjuntarse, según el apartado 2 del artículo 59 del BGB, copia y original de los estatutos, así como copia del acta del nombramiento de la Directiva con poder de representación (en general, el protocolo de la Junta Constituyente). Los estatutos deben estar firmados por al menos siete miembros y contener la fecha de su redacción (art. 59.3 BGB).

5.3. Sociedades de capital

Las sociedades de capital (AG, KGaA y GmbH) tienen en común que deben solicitar su inscripción en el Registro Mercantil correspondiente al lugar donde se encuentre su sede. El Registro Mercantil es gestionado por los Juzgados de Distrito bajo responsabilidad judicial. Las solicitudes correspondientes, así como las rúbricas necesarias de las firmas de los miembros orgánicos facultados para ejercer la representación de la sociedad, deben presentarse en el Registro Mercantil en forma autenticada públicamente, en general notarialmente (art. 12 HGB y art. 129 BGB). Por consiguiente, el notario deberá legalizar las firmas de los comparecientes.

5.3.1. Sociedades anónimas (AG)

Según el apartado 1 del artículo 36 de la AktG, la solicitud para la inscripción en el Registro Mercantil de una sociedad anónima debe ser formalizada por todos los socios constituyentes y todos los miembros del Consejo de Supervisión y del Consejo de Administración en forma autenticada públicamente.

Si se han previsto aportaciones en metálico, la solicitud sólo puede presentarse una vez se haya hecho efectivo el importe requerido, que debe ascender como mínimo a la cuarta parte del importe nominal de las acciones suscritas y, en caso de que las acciones se emitan con un importe superior al importe nominal (por encima de la par / prima), el importe suplementario (apdo. 1, art. 36a y art. 54 AktG). Las aportaciones en especie deben prestarse en su totalidad antes de formalizar la solicitud, a menos que para el cumplimiento de la obligación sea necesaria la transmisión real (por ejemplo el derecho a utilizar las instalaciones de la empresa). Si la aportación en especie consiste en la obligación de transferir realmente un objeto patrimonial a la sociedad, la prestación deberá ejecutarse dentro de los cinco años siguientes a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil (apdo. 2, art. 36a AktG). Si la AG es constituida por una sola persona, ésta deberá crear una garantía para la parte de la aportación dineraria que supere el importe exigido, por ejemplo mediante aval bancario (frase 2, apdo. 2, art. 36 de la AktG).

En la solicitud debe declararse que se han hecho efectivas las aportaciones necesarias para la inscripción descritas con anterioridad. Además debe acreditarse que el importe pagado por las acciones está a la libre disponibilidad del Consejo de Administración de forma definitiva (frases 1 y 2, apdo. 1, art. 37 AktG). Si, como ocurre generalmente, el importe debe ingresarse en una cuenta de la sociedad, deberá adjuntarse la prueba que así lo justifique mediante la confirmación por parte del instituto de crédito que gestione la cuenta, de cuya veracidad responderá dicho instituto (frases 3 y 4, apdo. 1, art. 37 AktG).

En la solicitud debe indicarse la facultad de representación de los miembros del Consejo de Administración (apdo. 3, art. 37 AktG).

Además, los miembros Consejo de Administración deben declarar en la solicitud que no han sido condenados por insolvencia punible (art. 283 a 283d del Código Penal Alemán, StGB) y que, ni por sentencia judicial ni por resolución administrativa ejecutable, han sido apartados del ejercicio de una profesión, rama profesional, industria o ramo industrial (art. 36.2 y 78.3 frases 3 y 4 AktG).

Según el apartado 3 del artículo 37 de la AktG, a la solicitud deben adjuntarse los siguientes documentos:

- los estatutos y la declaración de los socios constituyentes sobre la suscripción de las acciones
- en caso de concesión de privilegios especiales (apdo. 1, art. 26 AktG) o de aportaciones o adquisiciones en especie (art. 27 AktG), los contratos en los que se hayan acordado tales estipulaciones o celebrados para su ejecución
- un cálculo de los costes de constitución que debe asumir la sociedad

- las actas del nombramiento de los miembros del Consejo de Administración y del Consejo de Supervisión

- el informe de constitución elaborado por los socios constituyentes (art. 32 AktG) y los informes de verificación de los miembros del Consejo de Administración y del Consejo de Supervisión, así como de los auditores de la constitución (art. 33 y 34 AktG) con sus respectivos documentos justificativos

- en la medida en que el objeto de la empresa u otra disposición estatutaria requiera autorización estatal, el correspondiente documento de autorización (véase al respecto Primera Parte, sección III. 3.).

Todos los miembros del Consejo de Administración tienen que firmar en forma autenticada públicamente, en general notarialmente, para dejar constancia de ellas en el Juzgado (Registro Mercantil) (apdo. 5, art. 37 AktG).

5.3.2. Sociedades comanditarias por acciones (KGaA)

También las KGaA deben solicitar su inscripción en el Registro Mercantil competente en el lugar donde se encuentre su sede. Para la inscripción se aplican como corresponda las disposiciones de las sociedades anónimas (véase la sección 5.3.1.), siempre y cuando no se derive otra cosa a consecuencia de la inexistencia de un Consejo de Administración (apdo. 3, art. 278 AktG). En lugar de los miembros del Consejo de Administración (inexistentes), en el caso de las KGaA hay que indicar en la solicitud de inscripción en el Registro Mercantil los socios responsables personalmente y su poder de representación (art. 282 AktG).

5.3.3. Sociedades de responsabilidad limitada (GmbH)

En el caso de las GmbH, todos los administradores deben solicitar la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad en el Juzgado en cuya circunscripción tenga su sede (art. 7.1 y 78 GmbHG) en forma autenticada públicamente.

La solicitud sólo puede presentarse cuando se hayan hecho efectivas en su totalidad las posibles aportaciones en especie (apdo. 3, art. 7 GmbHG) y como mínimo la cuarta parte de las aportaciones en metálico (frase 1, apdo. 2, art. 7 GmbHG), si bien las aportaciones en especie y en metálico efectuadas deben ascender a un total de al menos 12.500,-- EURO (frase 2, apdo. 2, art. 7 GmbHG). En este sentido, la propiedad de las aportaciones en especie debe haberse transmitido a la sociedad antes de presentar la solicitud. Si se trata de una GmbH unipersonal deberá constituirse además una garantía por la parte de la aportación en metálico no hecha efectiva en el momento de presentar la solicitud, por ejemplo en forma de aval bancario (frase 3, apdo. 2, art. 7 de la GmbHG).

En la solicitud los administradores deben asegurar que se han hecho efectivas las aportaciones iniciales necesarias para la inscripción descritas anteriormente y que el objeto de dichas prestaciones se encuentra a libre disposición de los administradores de la sociedad de forma definitiva (apdo. 2, art. 8 GmbHG). Si se trata de una GmbH unipersonal, cuando las aportaciones dinerarias no se hayan hecho efectivas en su totalidad, también hay que declarar que se ha constituido la garantía mencionada anteriormente por la parte de la aportación en metálico aún no efectuada (frase 2, apdo. 2, art. 8 en relación con frase 3, apdo. 2, art. 7 GmbHG).

Al igual que en el caso de la AG, en el de la GmbH también debe hacerse constar en la solicitud el poder de representación de los administradores (apdo. 4, art. 8 GmbHG) y éstos deben declarar que no se les ha condenado por insolvencia punible (art. 283 a 283d StGB) ni sobre ellos existe una prohibición para ejercer una profesión o actividad industrial como consecuencia de una decisión judicial o administrativa (apdo. 3, art. 8 GmbHG).

Según el apartado 1 del artículo 8 de la GmbHG, a la solicitud deben adjuntarse los siguientes documentos:

- el contrato de sociedad y, en su caso, los poderes si en la celebración del contrato de sociedad han intervenido representantes
- las actas del nombramiento de los administradores, a menos que ya consten en el contrato de sociedad.
- una lista de socios firmada por los administradores en la que conste el nombre, los apellidos, la fecha de nacimiento y el domicilio de cada socio, así como el importe de la aportación inicial asumida por cada uno de ellos.
- en caso de aportaciones en especie, los contratos en los que hayan sido acordadas las estipulaciones correspondientes o su ejecución (contratos de aportación).
- en caso de aportaciones en especie, además, un informe experto sobre la constitución de la sociedad firmado por los socios y la correspondiente documentación (por ejemplo dictámenes de peritos, certificado de un auditor de cuentas o asesor fiscal) que acredite que el valor de las cosas aportadas cubre el importe de la aportación inicial asumida.
- en caso de que el objeto social requiera autorización estatal, el correspondiente documento de autorización (véase al respecto la sección III.3 del primer punto).

Todos los administradores deben plasmar su firma para que quede constancia de ella en el Juzgado (Registro Mercantil) (apdo. 5, art. 8 GmbHG).

5.4. Cooperativa registrada (eG)

En el caso de la cooperativa registrada (eG), el Consejo Rector debe presentar la solicitud de inscripción en el Registro de Cooperativas del distrito en el que tenga su sede (apdo. 1, art. 11 de la GenG). El Registro de Cooperativas es gestionado por el Juzgado de Distrito al que compete la gestión del Registro Mercantil (apdo. 2, art. 10 GenG).

En la solicitud debe indicarse el poder de representación de los miembros del Consejo Rector (apdo. 3, art. 11 GenG). Los miembros del Consejo Rector deben plasmar en la solicitud presentada ante el Registro de Cooperativas las rúbricas de sus firmas en forma autenticada públicamente, en general notarialmente (apdo. 4, art. 11 GenG).

A la solicitud debe adjuntarse (apdo. 2, art. 11 GenG):

- original y copia de los estatutos firmados por los cooperativistas
- copia de las actas de nombramiento del Consejo Rector y del Consejo de Supervisión

- la certificación de una asociación de auditoría que acredite que la cooperativa está autorizada para la inscripción, así como una declaración pericial de la asociación de auditoría sobre si las relaciones personales o económicas, en concreto la situación patrimonial de la cooperativa, pueden poner en peligro los intereses de los cooperativistas o de los acreedores de la cooperativa.

5.5. Mutualidades aseguradoras (VVaG)

Según el artículo 15 de la VAG, la VVaG adquiere capacidad jurídica mediante con la concesión de la autorización por parte de la autoridad de control competente para celebrar negocios como "mutualidad aseguradora". Por lo tanto, la capacidad jurídica se adquiere en virtud de un acto administrativo.

Además, aunque no es imprescindible para adquirir capacidad jurídica, todos los miembros del Consejo Rector y del Consejo de Supervisión deben solicitar la inscripción de la asociación en el Registro Mercantil competente en el lugar en el que la asociación tenga su sede (frase 1, apdo. 1, art. 30 VAG). En la solicitud debe indicarse el poder de representación atribuido a los miembros del Consejo Rector (frase 2, apdo. 1, art. 30 VAG). La autoridad de control competente para la VVaG debe comunicar al Juzgado de Registro correspondiente si ha concedido el permiso para que una VVaG pueda desarrollar su actividad (apdo. 2, art. 30 VAG).

Según el apartado 1 del artículo 31 de la VAG, a la solicitud presentada en el Registro Mercantil debe adjuntarse original o copia compulsada del permiso de la autoridad de control competente para el ejercicio de la actividad mercantil, de los estatutos de la asociación, de las actas del nombramiento del Consejo Rector y del Consejo de Supervisión, así como de las actas de la creación de un fondo para gastos de constitución con la declaración del Consejo Rector y del Consejo de Supervisión sobre la forma y la medida en que ha sido creado dicho fondo y de que el importe aportado se encuentra definitivamente a la libre disposición del Consejo Rector. Además los miembros del Consejo Rector deben extender su firma para dejar constancia de ella en el Juzgado (apdo. 2, art. 31 VAG). Las firmas de los miembros del Consejo Rector y del Consejo de Administración que formalizan la solicitud y la firman deben estar autenticadas públicamente, generalmente por un notario, según el artículo 12 del HGB.

Las "asociaciones más pequeñas" en el sentido del artículo 53 de la VAG (véanse las secciones 3.5. y 4.5.) sólo necesitan el permiso de la autoridad de control competente. No es necesario inscribirlas en el Registro Mercantil.

Pregunta 6:

¿Es necesario algún tipo de registro par el acto constitutivo, modificatorio o de designación de administradores o representantes de las personas jurídicas privadas?

6.1. Fundaciones

No existe un directorio de fundaciones nacional único para todo el Estado Federal. Los directorios de fundaciones existentes en algunos estados federados no son registros en sentido jurídico. En concreto, sus inscripciones no gozan de la protección de la confianza legítima. La fundación adquiere la capacidad jurídica no mediante su inscripción en uno de estos registros, sino sólo en virtud del acto de reconocimiento estatal.

La mayoría de las leyes sobre fundaciones de los estados federados prevén que debe notificarse a la autoridad competente en materia de fundaciones la composición y cualquier modificación de los órganos facultados para representar la fundación, pero no atribuyen a esa notificación un significado constitutivo.

6.2. Asociaciones

6.2.1. Asociaciones con ánimo de lucro

Para las asociaciones con ánimo de lucro, cuyo significado práctico es relativamente poco, tampoco existe un registro o directorio único para todo el Estado Federal, lo que no significa sin embargo que no existan en los estados federados, aunque no se les atribuyen efectos constitutivos.

La asociación con ánimo de lucro adquiere capacidad jurídica exclusivamente mediante un acto de concesión estatal por parte de las autoridades competentes del estado federado.

6.2.2. Asociaciones registradas (e.V.)

Las asociaciones registradas adquieren la capacidad jurídica con su inscripción en el Registro de Asociaciones, el cual es gestionado por el Juzgado de Distrito competente en el lugar donde se encuentra la sede de la asociación (art. 55 del BGB). En el Registro de Asociaciones se debe inscribir la asociación como tal, los miembros de la Directiva con facultad de representación y la clase de su facultad de representación, así como las modificaciones de los estatutos de la asociación y de la composición de la Directiva (art. 64, 67 y 71 del BGB).

6.3. Sociedades de capital

Las sociedades de capital (AG, KGaA y GmbH) adquieren capacidad jurídica con su inscripción en el Registro Mercantil, el cual es gestionado por el Juzgado de Distrito competente bajo responsabilidad judicial. En el dicho registro se inscribe la sociedad como tal, los órganos con facultad de representación y la clase de su facultad de representación, así como las modificaciones de los estatutos o del contrato de sociedad y de la composición de los órganos con facultad de representación.

En el Registro Mercantil debe inscribirse el poder de representación general abstracto de los órganos (Consejo de Administración en las AG, socios responsables personalmente en las KGaA, administradores en las GmbH) y si en un caso en particular el poder de representación concreto de cada miembro del órgano difiere de la regulación de representación abstracta

también deberá inscribirse ese poder de representación especial concreto del miembro del órgano en cuestión (frase 2, apdo. 1, art. 39, art. 81, frase 2 art. 282 AktG; frase 1, apdo. 1, art. 10 y art. 39 GmbHG).

Los principios legales de la inscripción en el Registro Mercantil se recogen en el caso de las AG en los artículos 38 y siguientes de la AktG, para las KGaA además en el artículo 281 de la AktG y en respecto a las GmbH en los artículos 9c y 10 de la GmbHG.

6.4. Cooperativa registrada (eG)

También la eG adquiere la capacidad jurídica con su inscripción en el Registro de Cooperativas competente en el lugar en que radique su sede. Como en el caso del Registro Mercantil, el Registro de Cooperativas es gestionado por los Juzgados de Distrito (art. 10 y 13 GenG).

Deben inscribirse en el Registro de Cooperativas los estatutos de la cooperativa, así como los miembros del Consejo Rector y su poder de representación, incluidas las modificaciones ulteriores (art. 10 y nº 3, apdo. 2, art. 12 GenG).

6.5. Mutualidades aseguradoras (VVG)

Como ya se ha descrito en el punto 4.5, las mutualidades aseguradoras, a excepción de las "asociaciones más pequeñas" en el sentido del artículo 53 de la VAG, deben inscribirse en el Registro Mercantil competente en el lugar donde tienen su sede, si bien adquieren capacidad jurídica no con su inscripción en ese registro sino sólo en virtud del permiso previo de la autoridad de control competente para el ejercicio de la actividad mercantil (art. 15 VAG).

Pregunta 7:

En el registro a que se refiere la pregunta anterior, ¿se realiza algún tipo de calificación, revisión o control previo a la inscripción del acto de constitución, modificación o designación de administradores y representantes de personas jurídicas de naturaleza privada?

7.1. Fundaciones

Según el apartado 2 del artículo 80 del BGB, la autoridad competente del estado federado debe reconocer la capacidad jurídica de la fundación cuando el negocio fundacional cumpla los requisitos legales del apartado 1 del artículo 81 del BGB (véase la sección 4.1.), parezca asegurado el cumplimiento duradero del fin de la fundación y éste no sea contrario al interés general.

Las autoridades en materia de fundaciones deben comprobar que se cumplen estos requisitos y, si no es así, denegar el reconocimiento. Si el negocio fundacional no cumple los requisitos de la frase 3 del apartado 1 del artículo 81 del BGB (véase la sección 4.1.) y el fundador

fallece antes de que se otorgue el reconocimiento, como es el caso de los negocios fundacionales *mortis causa*, las autoridades competentes dotarán a la fundación de unos estatutos o completarán el estatuto incompleto teniendo en cuenta la voluntad del fundador (frase 2 art. 83 y frase 4 apdo. 1 art. 81 BGB).

En relación con la composición y modificación de los órganos con poder de representación, las leyes sobre fundaciones de los estados federados prevén en general una obligación de información a las autoridades competentes, si bien generalmente no disponen una obligación especial de verificación por parte de las autoridades. Sin embargo, las leyes sobre fundaciones suelen determinar que las autoridades competentes controlen si la fundación es gestionada conforme a la ley y a los estatutos. En este contexto se reconoce a las autoridades competentes el derecho de apartar provisionalmente o incluso de destituir a un miembro de un órgano de la fundación del ejercicio de sus funciones por un motivo importante, en especial por incumplimiento de una obligación o incapacidad para llevar a cabo la administración correctamente. Además, por lo general, las leyes de fundaciones prevén que en caso de que falten órganos necesarios de la fundación la propia autoridad competente pueda nombrarlos hasta que se subsane tal carencia.

7.2. Asociaciones

7.2.1. Asociaciones con ánimo de lucro

Las asociaciones con ánimo de lucro adquieren la capacidad jurídica exclusivamente por concesión estatal otorgada por las autoridades competentes del estado federado en el que tengan su sede (art. 22 BGB. Véanse al respecto las secciones 2.2., 4.2.1. y 5.2.1.) La ley no prevé ningún registro especial para este tipo de asociaciones.

Las autoridades competentes de cada estado federado comprobarán sobre todo si concurren los requisitos legales para la constitución de la asociación y si no es así denegarán la concesión de la capacidad jurídica. En este contexto debe verificarse en particular si a la asociación no le es exigible la adopción de la forma jurídica de una sociedad de capital o de una cooperativa o la renuncia a la capacidad jurídica.

7.2.2. Asociaciones registradas (e.V.)

Durante el proceso de inscripción de una e.V., el Juzgado de Distrito (Registro de Asociaciones) debe verificar si se cumplen las condiciones legales materiales y formales (véanse a este respecto las secciones 4.2.2. y 5.2.2.) para la inscripción. En caso negativo, el Juzgado de Distrito deberá rechazar la solicitud de inscripción señalando los motivos de la denegación (art. 60 BGB)

El Juzgado de Distrito también comprobará que la asociación y sus estatutos no sean contrarios al Derecho Público de Asociaciones (por ejemplo, leyes penales, ordenamiento constitucional o ideas de entendimiento entre los pueblos). Siempre que el fin de la asociación requiera un permiso legal

especial, el Juzgado de Distrito también deberá verificar que existe tal permiso.

En el Registro de Asociaciones debe inscribirse la Directiva de la asociación y la clase de su poder de representación (art. 64 BGB), así como cualquier modificación que tenga lugar con relación a las personas o al poder de representación (apdo.1, art. 67 BGB). En general no se realiza una comprobación especial de la idoneidad de cada miembro de la Directiva. Si la asociación no dispone temporalmente de Directiva o si la Directiva está formada por varios miembros y faltan algunos de los que son necesarios para la representación, el Juzgado de Distrito (Registro de Asociaciones) puede nombrar de oficio una Directiva provisional (art. 29 y apdo. 2, art. 67 BGB) e inscribirla en el Registro de Asociaciones.

7.3. Sociedades de capital

7.3.1. Sociedades anónimas (AG)

El Juzgado de Distrito (Registro Mercantil) debe comprobar si la sociedad se ha constituido e inscrito correctamente (véanse las secciones 4.3.1. y 5.3.1.). Si no es así, deberá denegar la inscripción (apdo. 1, art. 38 AktG). Lo mismo ocurre cuando el objeto social requiere autorización estatal (véase la sección III. 3. de la Primera parte) y éste no se aporte.

El Juzgado también podrá rechazar la inscripción según el apartado 2 del artículo 38 de la AktG cuando los auditores de la constitución declaren o sea evidente que el informe de constitución de los socios constituyentes o el informe de verificación de los miembros del Consejo de Administración o del Consejo de Supervisión (véase la sección 4.3.1.) no es correcto, es incompleto o vulnera los preceptos legales. Lo mismo sucede cuando el Juzgado o los auditores de la constitución consideran que el valor de las aportaciones en especie "es considerablemente inferior al importe de emisión más bajo de las acciones correspondientes" o cuando detrás de la constitución dineraria prevista en los estatutos se oculta una constitución en especie simulada.

En el Registro Mercantil deben inscribirse el Consejo de Administración de la AG y su poder de representación (apdo. 1, art. 39 AktG) y toda modificación posterior (art. 81 AktG). En este sentido se comprueba si el nombramiento contradice algún motivo de impedimento según el apartado 3 del artículo 76 de la AktG (por ejemplo falta de la capacidad jurídica, condena por insolvencia punible, prohibición judicial o administrativa para el ejercicio de una profesión o actividad industrial en el marco del objeto social).

Si falta algún miembro del Consejo de Administración que sea necesario, el Juzgado podrá nombrar un Consejo del Administración provisional hasta que se subsane tal ausencia (art. 85 AktG).

7.3.2. Sociedades comanditarias por acciones (KGaA)

A las KGaA se aplican correspondientemente las disposiciones anteriores referentes a la AG, siempre que no se derive otra cosa del hecho de que no dispongan de Consejo de Administración. Sin embargo, siempre que el socio responsable personalmente sea una persona jurídica, en concreto una AG o GmbH, la facultad de comprobación del Juzgado de Distrito (Registro Mercantil) en relación con los órganos con poder de representación se realizará según las reglas válidas para esa persona jurídica.

7.3.3. Sociedad de responsabilidad limitada (GmbH)

A la GmbH se aplican normas similares que las de la AG.

El Juzgado de Distrito (Registro Mercantil) debe verificar si la sociedad se ha constituido e inscrito correctamente (véanse las secciones 4.3.3. y 5.3.3.). En caso negativo, el Juzgado denegará la inscripción (frase 1, apdo. 1, art. 9c GmbHG). Lo mismo es de aplicación cuando las aportaciones en especie se hayan sobrevalorado (frase 2, apdo.1, art. 9c de la GmbHG), se dé un caso de aportación en especie simulada o no se presente la autorización estatal prescrita para el objeto social. El Juzgado también tendrá que verificar si el contrato de sociedad contraviene disposiciones orientadas exclusiva o primordialmente a proteger a los acreedores de la sociedad o el interés público (nº 2, apdo. 2, art. 9c GmbHG). Por lo demás, el Juzgado comprobará en términos generales si el contrato de sociedad está completo y es eficaz, si se admite la razón social elegida, si se ha efectuado la aportación de capital prescrita y si son veraces las indicaciones y declaraciones necesarias.

En el Registro Mercantil deben inscribirse los administradores de la GmbH y su poder de representación (apdo. 1, art.10 GmbHG), así como cualquier modificación posterior (art. 39 GmbHG). A este respecto, el Juzgado se asegurará, como en el caso de AG, de que el nombramiento no contraviene motivos de impedimento (art. 8.2, 6. 2 frases 3 y 4 GmbHG) (por ejemplo falta de capacidad jurídica, condena por insolvencia punible, prohibición judicial o administrativa para ejercer una profesión o actividad industrial en el marco del objeto social).

Si una GmbH no dispone de Consejo de Administración o éste ya no tiene capacidad de obrar, el Juzgado de Distrito (Registro Mercantil) podrá nombrar uno provisional hasta que se subsane tal carencia (se aplica en lo que corresponda el artículo 29 del BGB).

7.4. Cooperativas registradas (eG)

El Juzgado de Distrito (Registro de Cooperativas) debe comprobar si la cooperativa se ha constituido e inscrito correctamente (véanse las secciones 4.4. y 5.4.). En caso negativo, el Juzgado tendrá que denegar la inscripción (apdo. 1, art. 11a GenG).

Conforme al apartado 2 del artículo 11a de la GenG, el Juzgado también rechazará la inscripción cuando según las relaciones personales y patrimoniales, en concreto la situación

patrimonial de la cooperativa, se considere que se ven perjudicados los intereses de los cooperativistas o de los acreedores de la cooperativa.

Deben inscribirse en el Registro de Cooperativas tanto el Consejo Rector y su poder de representación, como cualquier modificación posterior al respecto (apdo. 1, art. 10 y art. 28 GenG). Por este motivo, no se prevén obligaciones de control legales especiales.

Si una eG no cuenta con Consejo Rector o éste ya no tiene capacidad de obrar, el Juzgado de Distrito (Registro de Cooperativas) nombrará uno provisional hasta que se subsane tal carencia, en aplicación correspondiente del artículo 29 del BGB.

7.5. Mutualidades aseguradoras (VVG)

La autoridad de control competente que con su permiso para el ejercicio de la actividad mercantil otorgue capacidad jurídica a la VVG (art. 15 VAG), comprobará que la mutualidad se haya constituido regularmente.

En la medida en que la mutualidad debe inscribirse además en el Registro Mercantil (véanse las secciones 4.5. y 6.5.), el Juzgado del Registro deberá verificar si la solicitud de inscripción se ha formalizado en la forma que corresponda, es completa y está firmada por las personas necesarias y legitimadas para ello y si los miembros del Consejo de Administración y del Consejo de Supervisión se han nombrado adecuadamente. Ahora bien, el Juzgado del Registro no examinará los estatutos, ya que ello es competencia de la autoridad de control.

En caso de que posteriormente se realicen modificaciones en la composición del Consejo de Administración, los nuevos miembros, a diferencia de lo que ocurre en la primera solicitud de la VVG en la cual la verificación la realiza la autoridad de control, tendrán que asegurar en la solicitud que presenten ante el Registro Mercantil que no existe ninguna circunstancia (por ejemplo condena vinculante por insolvencia punible, prohibición del ejercicio de una profesión o actividad industrial) que impida su nombramiento según el apartado 1 del artículo 34 de la VAG y el apartado 3 del artículo 76 de la AktG.

Pregunta 8:

¿Cuáles son los efectos de la inscripción en el registro correspondiente, constitutivos o declarativos ?

8.1. Fundaciones

La ley no prevé ningún registro para fundaciones. Si se gestionan directorios de fundaciones en los estados federados, esas declaraciones tendrán en todo caso carácter declarativo. La capacidad jurídica sólo se adquiere mediante el acto de reconocimiento estatal (apdo. 1, art. 80 BGB).

8.2. Asociaciones

8.2.1. Asociaciones con ánimo de lucro

Se aplican convenientemente las disposiciones mencionadas en relación con las fundaciones (sección 8.1.).

8.2.2. Asociaciones registradas (e.V.)

Efecto constitutivo de la inscripción en el Registro de Asociaciones:

- Primera inscripción de la asociación tras la constitución (la asociación adquiere capacidad jurídica con la inscripción en el Registro de Asociaciones, art. 21 BGB), incluidos los estatutos de constitución
- Toda modificación ulterior de los estatutos

Efecto declarativo de la inscripción en el Registro de Asociaciones:

- Composición de la Directiva, así como toda modificación ulterior de los miembros de la misma

Aun cuando las inscripciones de la Directiva en el Registro de Asociaciones sólo tienen efectos declarativos, los terceros sin embargo gozan de cierta protección de la confianza con relación a estas inscripciones (art. 68 BGB). Se protege a aquél que haya celebrado un negocio o acto jurídico, de buena fe o bajo desconocimiento inimputable del contenido del Registro, con "antiguos miembros de la Directiva". El artículo 68 del BGB dice literalmente: "Si se ha realizado un negocio jurídico entre los antiguos miembros de la Directiva y un tercero se puede oponer el cambio contra el tercero sólo si fue inscrito en el Registro de Asociaciones o fue conocido por el tercero en el momento en que celebró el negocio jurídico. Si la modificación ha sido inscrita, el tercero no necesita dejar que ésta sea válida contra sí, siempre que su desconocimiento no fuera debido a negligencia".

8.3. Sociedades de capital

8.3.1. Sociedades anónimas (AG)

Efecto constitutivo de la inscripción en el Registro Mercantil:

- Primera inscripción de la sociedad tras la constitución (la sociedad adquiere la capacidad jurídica con la inscripción de la AG en el Registro Mercantil, es decir, nace como persona jurídica) según la frase 1 del apartado 1 del artículo 41 AktG.

- Toda modificación posterior de los estatutos, incluidas las medidas de capital (aumento o reducción de capital), es ineficaz hasta su inscripción en el Registro Mercantil (apartado 3 del artículo 181 AktG).
- Los contratos empresariales, en el sentido del artículo 291 de la AktG, mediante los cuales una AG o KGaA somete la dirección de su sociedad a otra empresa (contrato de dominación) o se obliga a transferir sus beneficios a otra empresa (contrato de transferencia de beneficios), son ineficaces hasta su inscripción en el Registro Mercantil de la AG o KGaA (apartado 2 del artículo 294 AktG).

Efecto declarativo de la inscripción en el Registro Mercantil:

- Composición del Consejo de Administración, así como las modificaciones en la persona de sus miembros.
- Poder de representación concreto de cada uno de los miembros del Consejo de Administración que se aparte de la ley o los estatutos.

De todas formas, según el artículo 15 del Código de Comercio (HGB), el Registro Mercantil tiene atribuida en cierto modo fe pública registral (publicidad del Registro Mercantil) en relación con actos de inscripción obligatoria pero sólo con efectos declarativos (por ejemplo modificaciones de la composición del Consejo de Administración). Hasta que no se inscribe la modificación del Consejo de Administración, la sociedad no podrá oponerla frente a terceros a menos que el tercero tuviera conocimiento de dicha modificación (apdo. 1, art. 15 HGB). Si la modificación se ha inscrito y se ha hecho pública es válida frente a terceros. Esto no se aplica a los actos jurídicos que se realicen dentro de los quince días siguientes a la publicación siempre que el tercero pruebe que ni conocía esa circunstancia ni tenía la obligación de conocerla (apdo. 2, art. 15 HGB).

8.3.2. Sociedades comanditarias por acciones (KGaA)

En relación con los efectos de la inscripción en el Registro Mercantil de una KGaA se aplican convenientemente las anteriores disposiciones relativas a la AG.

8.3.3. Sociedades de responsabilidad limitada (GmbH)

Efecto constitutivo de la inscripción en el Registro Mercantil:

- Primera inscripción de la sociedad tras la constitución (la sociedad adquiere capacidad jurídica con la inscripción en el Registro Mercantil (art. 11 GmbHG)).
- Cualquier modificación posterior del contrato de sociedad, incluidas las medidas de capital (aumento o reducción de capital) no es eficaz hasta que no se inscribe en el Registro Mercantil (apdo. 3, art. 54 GmbHG).

- Los contratos empresariales (véase la sección 8.3.1.) sólo tendrán efecto una vez inscritos en el Registro Mercantil de la GmbH dependiente.

Efecto declarativo de la inscripción en el Registro Mercantil:

- Composición de los miembros del Consejo de Administración y toda modificación que se produzca en la persona de alguno de ellos.
- Un eventual poder de representación concreto de todos los administradores que se aparte de la regulación de representación abstracta recogida en la ley o en el contrato de sociedad.

De todas formas, también son válidos con relación a los hechos antes mencionados que deben inscribirse pero cuya inscripción sólo tiene efectos declarativos los principios de apariencia jurídica del artículo 15 HGB que ya se han mencionado en relación con la AG (sección 8.3.1.).

8.4. Cooperativas registradas (eG)

También en el caso de la eG, la primera inscripción en el Registro de Cooperativas tiene efecto constitutivo. Según el artículo 13 GenG "la cooperativa, antes de su inscripción en el Registro de Cooperativas, no tiene los derechos de las cooperativas registradas". Adquiere también la capacidad jurídica con su inscripción en el Registro. Las modificaciones ulteriores de los estatutos no tienen eficacia hasta que son inscritas en el Registro de Cooperativas (apdo. 6, art. 16 GenG).

En cambio, sólo tienen efecto declarativo las inscripciones sobre la composición y modificación del Consejo Rector. Por este motivo se aplica adecuadamente lo mencionado en la sección 8.3.1. en relación con la sociedad anónima.

Según el artículo 29 GenG, el Registro de Cooperativas también tiene reconocida la fe pública en relación con las inscripciones dotadas únicamente de efecto declarativo, cuyo alcance se corresponde con el del artículo 15 HGB (véase la sección 8.3.1.).

8.5. Mutualidades aseguradoras (VVG)

Aunque la VVG, a la excepción de la "asociación más pequeña" en el sentido del artículo 53 de la VAG, debe inscribirse en el Registro Mercantil, esta inscripción sólo tiene eficacia declarativa, ya que la capacidad jurídica únicamente se adquiere con el permiso para el ejercicio de la actividad otorgado por la autorización de control competente (art. 15 VAG). También la inscripción de los miembros del Consejo Rector y de las modificaciones ulteriores en su composición tienen solamente carácter declarativo.

8.6. Fusiones, escisiones o cambio de forma según la Ley de Transformación (UmwG)

Cualquier clase de fusión, escisión o cambio de forma jurídica que se produzca y esté prevista en la Ley de Transformación no adquirirá eficacia jurídica hasta que sea inscrita en los registros del sujeto de Derecho pertinente. Por consiguiente, las correspondientes inscripciones registrales tienen efecto constitutivo.

Pregunta 9:

En caso de modificaciones estatutarias ¿Qué requisitos sustanciales, formales, de intervención notarial y registrales se deben satisfacer?

9.1. Fundaciones

Normalmente la modificación de los estatutos de la fundación sólo es posible cuando así lo prevean los propios estatutos y se hayan visto modificadas sustancialmente las relaciones del fundador (BGH, Sentencia de 26.04.1976, III N° 21/74, publicada en WM 1976, 714 y DB 1976, 1664). A este respecto, debe tenerse en cuenta la voluntad del fundador, por lo que en vida del fundador se requiere su consentimiento.

La modificación de los estatutos requiere en cualquier caso la autorización de las autoridades competentes (así BGH en la sentencia citada anteriormente y también, en su mayoría, las leyes de fundaciones de los estados federados). La autorización se otorga a instancia del interesado. A la solicitud debe adjuntarse el acuerdo del órgano de la fundación competente para modificar los estatutos. No se requiere intervención notarial.

Con independencia de la modificación de los estatutos de la fundación mediante acuerdo del órgano de la fundación competente, los órganos de control de la fundación también pueden dar a la fundación una finalidad diferente o incluso disolverla cuando no haya sido posible conseguir los fines de la fundación o ésta pone en peligro el interés general (art. 87 BGB).

Dado que no está previsto en la ley un registro de fundaciones, tampoco debe realizarse ninguna inscripción. Si los estados federados prevén un registro de fundaciones, resulta obvio que será posible realizar en ellos la inscripción, si bien sólo tendrá efectos declarativos.

9.2. Asociaciones

9.2.1. Asociaciones con ánimo de lucro

Las modificaciones de los estatutos de una asociación con ánimo de lucro requieren, a menos que los estatutos prescriban una mayoría cualificada, un acuerdo de la Junta general que debe adoptarse por mayoría de tres cuartas partes de los miembros presentes. Para modificar los fines de la asociación es necesario el consentimiento de

todos los miembros, y en caso de que un miembro no esté presente, su consentimiento deberá prestarse por escrito (apdo. 1, art. 33 BGB). No es necesaria la intervención notarial.

La modificación de los estatutos requiere la autorización de las autoridades competentes del estado federado (apdo. 2, art. 33 BGB) y sólo tendrá eficacia cuando se obtenga tal autorización. No es necesario realizar la inscripción en un registro, ya que para las asociaciones con ánimo de lucro no está prevista en las leyes la llevanza de un registro.

9.2.2. Asociaciones registradas (e.V.)

Para la modificación de los estatutos de una asociación registrada se aplican los mismos requisitos materiales que se han descrito en la sección 9.2.1 en relación con las asociaciones con ánimo de lucro.

Desde un punto de vista formal, la normativa es la siguiente: Si la Junta general acuerda la modificación de los estatutos, la Directiva de la asociación (con poder de representación bastante) deberá solicitar la inscripción de la modificación en el Registro de Asociaciones. La solicitud debe ir acompañada de original y copia del acuerdo que contenga la modificación, y el original se devolverá a la asociación una vez se haya efectuado la inscripción correctamente (apdo. 1, art. 71 y apdo. 2, art. 66 BGB). La solicitud de la Directiva de la inscripción de la modificación de los estatutos en el Registro de Asociaciones debe realizarse en forma autenticada oficialmente, es general en forma notarial (art. 77, 129 BGB). Por lo demás, no es necesaria la intervención del Notario, ni siquiera en la redacción del acuerdo de la Junta General.

La modificación de los estatutos tendrá eficacia una vez se haya inscrito en el Registro de Asociaciones (frase 1, apdo. 1, art. 71 BGB). Por lo tanto, la inscripción tiene efectos constitutivos. Las facultades de verificación del Registro de Asociaciones son las mismas que en el caso de la constitución de la asociación (véanse las secciones 7.2.2., 4.2.2. y 5.2.2.).

9.3. Sociedades de capital

Todas las sociedades de capital tienen en común que las modificaciones de los estatutos, a menos que los propios estatutos o la ley prevean una mayoría cualificada (en caso de la AG, en determinadas circunstancias también mayorías simples, según la frase 3 del apartado 2 del artículo 179 de la AktG), deben ser acordadas por la Junta General o la Junta General de Accionistas, según los casos, por una mayoría que represente al menos las tres cuartas partes del capital social / inicial (art. 179 AktG, apdo. 2 del art. 53 GmbHG). Normalmente es necesario el consentimiento de todos los accionistas / socios afectados cuando la modificación incide sobre derechos especiales (derechos de preferencia). Además, el apartado 3 del artículo 53 GmbHG establece que un aumento de las prestaciones obligatorias para los socios según el acuerdo de sociedad, sólo puede acordarse con el consentimiento de todos los socios implicados.

El acuerdo requiere escrituración notarial (frase 1 del apdo. 1 del art. 130 AktG y apdo. 2 del art. 53 GmbHG). La modificación de los estatutos de la AG / KGaA o la modificación del contrato de sociedad de la GmbH sólo tienen eficacia cuando son inscritas en el Registro Mercantil (apdo. 3 del art. 81 AktG y apdo. 3 del art. 54 GmbHG). El derecho de verificación del Registro se corresponde con los principios vigentes en el caso de la constitución (véanse las secciones 7.3.1., 7.3.2. y 7.3.3.).

Regulación formal:

9.3.1. Sociedades anónimas

La modificación de los estatutos debe ser inscrita en el Registro Mercantil a instancia del Consejo de Administración (frase 1, apdo. 1, art. 181 AktG). Si se trata de un aumento o reducción de capital, la solicitud deberá ir firmada además por el Presidente del Consejo de Supervisión (apdo. 1, art. 195 y art. 223 AktG). Las solicitudes deben estar autenticadas públicamente, en general por un notario (art. 12 HGB).

A la solicitud deben adjuntarse:

- Certificación o copia compulsada del acta notarial sobre la modificación de los estatutos
- La nueva versión completa de los estatutos, que debe incluir la modificación acordada e ir provista de la certificación de un notario en la que conste que las disposiciones estatutarias modificadas coinciden con el acuerdo sobre la modificación de los estatutos y las disposiciones no modificadas son idénticas en su integridad a los preceptos literales de los estatutos que obran en el Registro Mercantil (frase 2, apdo. 1, art. 181 AktG);
- En caso de aumentos de capital, además deben presentarse según el apartado 3 del artículo 188 de la AktG: duplicado de las cédulas de suscripción, una lista firmada por el Consejo de Administración de los suscriptores, en caso de aportaciones en especie los contratos sobre su determinación y su realización, así como el cálculo de los gastos que se originen para la sociedad como consecuencia de la emisión de las nuevas acciones. Por lo demás, se aplican como corresponda las disposiciones sobre constitución de la AG en relación con las declaraciones que deben emitirse en la inscripción del aumento de capital y justificantes que hay que adjuntar (véanse las secciones 4.3.1. y 5.3.1.).
- En caso de reducción de capital regular, el justificante de que la reducción se ha dado a conocer un año antes de la inscripción y en tres ocasiones por medio de los diarios públicos previstos para los actos de comunicación de la sociedad (apdo. 1, art. 58 GmbHG).

9.3.3. Sociedades de responsabilidad limitada (GmbH)

La modificación del contrato de sociedad debe ser inscrita en el Registro Mercantil a instancia de todos los administradores con poder de representación bastante (art. 54, 57 y 57 i GmbHG), y en caso de aumentos o reducciones de capital, por todos los administradores (art. 78 GmbHG). Las solicitudes deben estar autenticadas oficialmente, en general por el Notario (art. 12 HGB).

Como en el caso de la AG, a la solicitud deben adjuntarse:

- Certificación o copia auténtica del acta notarial sobre la modificación de los estatutos.
- La nueva versión completa del contrato de sociedad, que debe incluir las modificaciones acordadas e ir provista de la certificación del Notario en la que se haga constar que las disposiciones modificadas del contrato de sociedad coinciden con el acuerdo sobre la modificación y las disposiciones no modificadas con los preceptos literales completos del contrato de sociedad que obra en el Registro Mercantil (apdo. 1, art. 54 GmbHG).
- En caso de aumentos de capital, deben adjuntarse además, según el apartado 3 del artículo 57 GmbHG: las suscripciones autenticadas notarial u oficialmente (en general, por el Notario) de los suscriptores de las nuevas aportaciones iniciales (apdo. 1, art. 55 GmbHG), una lista firmada por los solicitantes de los suscriptores de las nuevas aportaciones, así como una nueva lista completa de los socios, indicando sus aportaciones iniciales y, en caso de aumentos en especie, los contratos sobre su determinación y realización. Por lo demás, se aplican las disposiciones aplicables a la constitución de una GmbH con respecto a las declaraciones que deben prestarse en la solicitud del aumento de capital y los justificantes a adjuntar (véase la sección 5.3.3.).

9.4. Cooperativas registradas (e.G.)

La modificación de los estatutos de una cooperativa se realiza normalmente por mayoría de tres cuartas partes de los votos emitidos en la Asamblea General o Asamblea de Representantes, a menos que los estatutos prevean mayorías distintas (apdo. 2 y 4 del artículo 16 GenG). De todos modos, el apartado 2 del artículo 16 GenG señala modificaciones sustanciales de los estatutos (como por ejemplo modificación del objeto, aumentos o ampliaciones de las obligaciones de los cooperativistas, etc.), que no pueden ser acordadas por menos de las tres cuartas partes de los votos emitidos. Si se establece la obligación a los socios de prestar servicios o realizar prestaciones a la cooperativa, el acuerdo requerirá una mayoría de al menos las nueve décimas partes de los votos emitidos (apdo. 3, art. 16 GenG). En relación con la modificación de los estatutos, no es necesaria la intervención del Notario. La modificación no tiene eficacia hasta que se inscribe en el Registro de Cooperativas (eficacia constitutiva de la inscripción, apdo. 6, art. 16 GenG).

El Consejo Rector de la cooperativa debe notificar la modificación de los estatutos para proceder a su inscripción en el Registro de Cooperativas. En este caso, tampoco es necesaria la intervención del notario. A la solicitud deben adjuntarse dos copias del acuerdo de modificación (apdo. 5, art. 16 GenG). Por lo demás, según el apartado 5 del artículo 16 GenG, en relación con la inscripción y el procedimiento de inscripción se aplican por analogía las disposiciones reguladoras de la constitución de cooperativas (véanse las secciones 5.4. y 7.4.).

9.5. Mutualidades aseguradoras (VVG)

Las modificaciones de los estatutos se realizan mediante el acuerdo adoptado por la máxima representación (apdo. 1, art. 39 VAG) en forma autenticada por el Notario (art. 36. 1 VAG, art. 130. 1 frase 1 AktG). El acuerdo necesita una mayoría de tres cuartas partes de los votos emitidos. Salvo que se trate del abandono o la inclusión de un ramo de seguros, los estatutos también pueden prever mayorías no tan amplias (apdo. 4, art. 39 VAG). Toda modificación estatutaria debe estar autorizada por los órganos de control, a menos que se trate exclusivamente de un aumento de capital (apdo. 3, art. 5. nº 1 y apdo. 1, art. 13 VAG). La modificación de los estatutos debe inscribirse en el Registro Mercantil a instancia del Consejo de Administración con poder de representación bastante y en forma autenticada oficialmente (apdo. 1, art. 40 VAG y art. 12 HGB). A la solicitud de esa inscripción debe adjuntarse la decisión del órgano de control sobre la autorización de la modificación, así como el nuevo texto literal de los estatutos, completo y certificado por el Notario (apdo. 1, art. 40 VAG). El Juzgado del registro sólo comprueba que la modificación de los estatutos se haya efectuado regularmente. En cambio, el poder de verificación material sólo compete al órgano de control. La modificación de los estatutos adquiere eficacia con la inscripción en el Registro Mercantil, por tanto, no con la autorización del órgano de control (apdo. 3, art. 40 VAG).

Para las "asociaciones más pequeñas", en el sentido del artículo 53 VAG, se aplica básicamente lo mismo que para la inscripción en el Registro Mercantil, con la excepción de la solicitud e inscripción de la modificación de los estatutos. En este caso, la modificación de los estatutos adquiere eficacia con la autorización de los órganos de control.

Pregunta 10:

¿Cuál es el régimen de administración y representación de las personas jurídicas de naturaleza privada ? (Consejo de Administración, Junta Directiva, Administrador Unico)

10.1. Fundaciones

Como órgano obligatorio, el Derecho de fundaciones alemán prevé el Patronato, que puede estar formado por una o varias personas (art. 86 y apdo. 1 del art. 26 BGB), aun cuando los estatutos de la fundación instituyen en la mayoría de los casos consejeros, curadores u otras figuras afines.

El Patronato representa a la fundación judicial y extrajudicialmente. En los estatutos puede regularse qué poder de representación corresponde a varios miembros del Patronato, por ejemplo representación individual o conjunta. El alcance del poder de representación puede limitarse en los estatutos también con eficacia frente a terceros (apdo.1 del art. 86 y apdo. 2 del art. 26 BGB). Si los estatutos no dicen nada, la representación activa de la fundación con un Patronato de varios miembros la ejerce todo el Patronato (según una concepción parcialmente defendida, en caso de un Patronato formado por más de dos miembros, es suficiente con la representación ejercida por la mayoría de miembros en relación con los artículos 28 y 32 del BGB). En cuanto a la representación pasiva, es decir, para recibir las declaraciones de voluntad, en caso de duda, está facultado individualmente cada miembro del Patronato (art. 86 y apdo. 2 del art. 28 BGB).

10.2. Asociaciones

A todas las asociaciones, es decir, tanto las asociaciones con ánimo de lucro como las asociaciones registradas, se aplican en relación con la administración y gestión las reglas siguientes:

La asociación debe contar como órgano de administración y representación con una Directiva que represente a la asociación judicial y extrajudicialmente (art. 26 BGB). El número de miembros de la Directiva con facultades de representación se determina en los estatutos. La Directiva puede estar formada por uno o varios miembros (frase 2, apdo. 2, art. 26 BGB). Los estatutos pueden determinar también la clase de representación, individual o mancomunada. Si la Directiva está formada por varios miembros y los estatutos no dicen nada sobre la clase de representación, tendrá validez la representación mancomunada si la Directiva cuenta con dos personas, y si está formada por más de dos miembros, se seguirá la representación que establezca la opinión predominante por mayoría de los miembros de la Directiva (en relación con el apartado 1 del artículo 26 y el artículo 32 BGB). A la representación pasiva, es decir, para recibir las declaraciones de voluntad, se aplica, según el apartado 2 de artículo 28 BGB, la representación individual, aun en el caso de que la Directiva conste de varios miembros. El alcance del poder de representación de la Directiva puede limitarse en los estatutos con eficacia también frente a terceros (apdo. 2, art. 26 BGB). En los estatutos puede determinarse que, además de la Directiva, se nombren "representantes individuales" para celebrar determinados negocios. El poder de representación de representante individual abarca, en caso de duda, todos los negocios jurídicos que requiera normalmente la naturaleza del negocio que se le ha asignado (art. 30 BGB). No obstante, el nombramiento de esos representantes, que también deben registrarse en el Registro de Asociaciones, es en la práctica poco frecuente. En caso de asociaciones registradas (sin ánimo de lucro), los miembros de la Directiva deben inscribirse en el Registro de Asociaciones (art. 59, 67 BGB).

10.3. Sociedades de capital

10.3.1. Sociedades anónimas (AG)

El órgano de dirección de las sociedades anónimas es el Consejo de Administración, que puede estar formado por una o varias personas (frase 1, apdo. 2, art. 76 AktG). En las sociedades con un capital inicial de más de tres millones de EURO, el Consejo de Administración debe estar compuesto por al menos dos personas, a menos que los estatutos prevean expresamente un Consejo de Administración unipersonal (frase 2, apdo. 2, art. 76 AktG). En las sociedades sujetas a la gestión compartida empresarial, debe formar parte del Consejo de Administración, formado por al menos dos personas, un Director de trabajo (véanse los art. 33 Ley de gestión compartida, art. 13 Ley de cogestión minera y art. 13 Ley complementaria de gestión compartida), cuyo ámbito de trabajo serán los asuntos sociales y de personal de la sociedad.

Según el apartado 1 del artículo 76 AktG, el Consejo de Administración debe dirigir la sociedad bajo responsabilidad propia. Este poder de dirección es intransferible y sólo puede delegarse en un tercero mediante un contrato de empresa (contrato de dominación). El Consejo de Administración de la AG no está vinculado a las instrucciones de los accionistas. Representa a la AG judicial y extrajudicialmente. Si está formado por varias personas, salvo disposición estatutaria en contrario, el poder de representación corresponderá únicamente a todos los miembros del Consejo de Administración (frase 1, apdo. 2, art. 78 AktG). En cuanto a la representación pasiva de la sociedad, cada socio del Consejo de Administración está facultado para ejercer la representación individual (frase 2, apartado 2, artículo 78 AktG). Si el poder de representación es mancomunado, los estatutos también podrán determinar, además de la representación por medio de varios miembros del Consejo de Administración, la posibilidad de una representación mancomunada mediante un miembro del Consejo de Administración junto con un apoderado (frase 1, apdo. 3, art. 78 AktG). Los estatutos también podrán autorizar al Consejo de Supervisión la facultad de regular la clase de representación si el Consejo de Administración es de varios miembros (frase 2, apdo. 2, art. 76 AktG). Según el apartado 4 del artículo 78 AktG, los miembros del Consejo de Administración con poder de representación mancomunada podrán autorizar a uno de ellos la celebración de algunos negocios o de una clase determinada de negocios. Los estatutos también podrán exonerar al Consejo de Administración de las limitaciones del art. 181 BGB con carácter general o en determinados casos, según el cual, nadie podrá concluir, como representante de un tercero, un negocio jurídico en nombre propio o como representante de otro tercero. Los estatutos también podrán autorizar al Consejo de Supervisión a que, en casos concretos, disponga la exoneración de esta prohibición de "autocontratación". Ahora bien, si se aplica tal exoneración no a supuestos específicos, sino con carácter general, deberá inscribirse en el Registro Mercantil. Si (ya) no existe Consejo de Administración, el Juzgado de Distrito podrá nombrar uno provisional hasta que se supla la ausencia (art. 85 AktG).

Los miembros del Consejo de Administración son nombrados por el Consejo de Supervisión por un plazo de cinco años como máximo, con posibilidad de prórroga (apdo.

1, art. 84 AktG). Si concurre un motivo importante, por ejemplo, un incumplimiento grave, el Consejo de Supervisión podrá revocar el nombramiento (apdo. 3, art. 86 AktG). La tarea esencial del Consejo de Administración consiste en el control de la administración (apdo. 1, art. 111 AktG). Los actos de administración no pueden transferirse al Consejo de Supervisión. De todas formas, los estatutos o el propio Consejo de Supervisión podrán determinar que – en las relaciones internas – sólo puedan celebrarse algunos negocios de la sociedad con la aprobación del Consejo de Supervisión (apdo. 3, art. 111 AktG). El Consejo de Supervisión no tiene atribuido ningún poder de representación, con excepción de la representación de la sociedad frente a los miembros del Consejo de Administración (art. 112 AktG).

10.3.2. Sociedades comanditarias por acciones (KGaA)

En las KGaA, el socio responsable personalmente (socio comanditario) es el órgano legal de administración y representación (apdo. 2 del art. 278 AktG, art. apdo. 2 del 161, art. 114 y ss., art. 125 y ss. HGB). Si hay varios socios comanditarios, salvo disposición estatutaria en contrario, cada uno de ellos estará autorizado para ejercer la representación individual (apdo. 2 del art. 161 y art. 125 HGB). En este caso, los estatutos también podrán prever que ejerzan la representación no sólo varios socios comanditarios de forma mancomunada, sino también un socio comanditario junto con un apoderado (apdo. 2 del art. 161 y apdo. 3 del 125 HGB). Los estatutos, en caso de que existan varios socios comanditarios, también podrán excluir a algunos de ellos de la representación de la sociedad (apdo. 2 del art. 161 y apdo. 1 del art. 125 HGB). Como en la AG, también en la KGaA pueden estar autorizados algunos socios comanditarios con poder de representación mancomunada para celebrar determinados negocios o algunas clases de ellos (apdo. 2 del art. 161 y frase 2 del apdo. 2 del art. 125 HGB). Por lo demás, los socios comanditarios están sujetos, en lo esencial, a los derechos y obligaciones del Consejo de Administración de la sociedad anónima (art. 283 AktG), y lo mismo ocurre con el Consejo de Supervisión, con la excepción del derecho de nombramiento y separación del Consejo de Administración.

En caso de gestión compartida empresarial, en la KGaA decae la obligación de nombrar director de trabajo (véanse frase 2 del apdo. 1 del art. 31 y frase 2 del apdo. 1 del art. 33 MitbestG).

10.3.3. Sociedad de responsabilidad limitada (GmbH)

El órgano de administración y gestión legal de la GmbH son únicamente los administradores, o el administrador, en su caso (art. 35 y ss. GmbHG). La GmbH puede tener uno o varios administradores. Si sólo se nombra a uno, éste representará obligatoriamente a la sociedad. Si son varios y el contrato de sociedad no contempla lo contrario, los administradores estarán autorizados para ejercer la representación activa sólo si actúan mancomunadamente (frase 2, apdo. 2, art. 35 GmbHG). Sin embargo, el contrato de sociedad puede prever un poder de representación distinto. En la práctica, es

muy corriente que el contrato de sociedad establezca que en caso de que haya varios administradores, ejerzan la representación de la GmbH dos administradores en mancomún o uno de ellos junto con un apoderado. También pueden establecer la concesión de poderes de representación individuales. El contrato de sociedad puede atribuir la determinación de la clase del poder de representación a la Junta General. En cuanto a la representación pasiva de la GmbH, en caso de recepción de declaraciones de voluntad, es suficiente si la declaración se efectúa ante un solo administrador (frase 3, apdo. 2, art. 35 GmbHG).

Como en la AG, el contrato de sociedad puede exonerar a los administradores de la prohibición de plurirepresentación o autocontratación del artículo 181 del BGB (véase la sección 10.3.1.) o autorizar a la Junta General a que disponga la exoneración en el caso concreto. Si tal exoneración no se otorga para un caso concreto, deberá inscribirse en el Registro Mercantil. Además la jurisprudencia también afirma la aplicabilidad del apartado 4 del artículo 78 AktG, según el cual varios administradores con poder de representación mancomunada pueden autorizar a uno de ellos para el ejercicio de la representación individual en un caso concreto o con respecto a una clase determinada de negocios.

La representación de la GmbH frente a sus administradores obliga a los socios (art. 46 n° 8 GmbHG).

La ley de GmbH deja a la libre voluntad de la sociedad la determinación del número de administradores. Si no existe ningún administrador, el Juzgado de Distrito, a instancia de parte, podrá determinar un administrador provisional hasta que se supla tal ausencia (art. 29 BGB por analogía). En las GmbH sujetas a la gestión compartida empresarial según la Ley de gestión compartida (GmbH con más de 2000 trabajadores) debe nombrarse – como en la AG y también en la eG – a un director de trabajo como miembro autorizado con igualdad de derechos para la administración.

Los administradores son nombrados y separados por la Junta General, a menos que el contrato de sociedad autorice para ello a otro órgano, como por ejemplo un Consejo de Supervisión (facultativo) o establezca un derecho de delegación en favor de los socios (n° 5 del art. 46 de la GmbHG). A diferencia de la AG, la ley no establece ningún plazo máximo de duración del mandato. En principio, la separación puede producirse en cualquier momento (apdo. 1, art. 38 GmbHG), salvo disposición en contrario en el contrato de sociedad. A diferencia del Consejo de Administración de la AG, los administradores de la GmbH están sometidos al poder normativo de los socios. Según el apartado 1 del artículo 37 GmbHG, los administradores “están obligados frente a la sociedad a respetar las limitaciones del alcance del poder de representación de la sociedad que les sean impuestas en el contrato de sociedad, a menos que éste disponga lo contrario, o por acuerdo de los socios”. De todas formas, el apartado 2 del artículo 37 GmbHG deja claro que ese tipo de limitaciones impuestas a los administradores sólo tienen eficacia en las relaciones internas, es decir, que los actos de representación que lleven a cabo los administradores contraviniendo esas limitaciones serán válidos en las relaciones con terceros y que un negocio celebrado en contra de esa obligación también vinculará a la GmbH en las relaciones frente a terceros.

10.4. Cooperativas registradas (e.G.)

El órgano de administración y representación legal de la e.G. es el Consejo Rector, que representa a la cooperativa judicial y extrajudicialmente (apdo. 1, art. 24 GenG).

El Consejo Rector consta de dos miembros (frase 1, apdo. 2, art. 24 GenG), pero los estatutos pueden prever un número superior (frase 2, apdo. 2, art. 24 GenG). Si se nombran varios miembros para el Consejo Rector, la eG será representada por todos ellos de forma mancomunada, si bien los estatutos pueden establecer lo contrario, en concreto, un poder de representación individual (frases 1 y 2 del apartado 1 del artículo 25 GenG).

Como en las AG y GmbH, los estatutos también pueden prever que un miembro del Consejo Rector represente a la cooperativa junto con un apoderado (frase 1, apdo. 2, art. 25 GenG). Respecto a los miembros del Consejo Rector con poder de representación mancomunada, puede autorizarse a algunos de ellos para que celebren determinados negocios o determinadas clases de negocios (apdo. 2, art. 25 GenG). También en el caso de las cooperativas puede exonerarse a algunos miembros del Consejo Rector de la prohibición de plurirepresentación o autocontratación del artículo 181 BGB, en virtud de los estatutos o de la autorización prevista en ellos del órgano de nombramiento (véanse las secciones 10.3.1. y 10.3.3.).

Para emitir una declaración de voluntad frente a la eG (representación pasiva) es suficiente con que se haga ante un miembro del Consejo Rector (frase 3, apdo. 1, art. 25 GenG).

El órgano de nombramiento de los miembros del Consejo Rector es la Asamblea General (frase 1, apdo. 2, art. 24 GenG), salvo disposición estatutaria en contrario (frase 2, apdo. 2, art. 24 GenG), o la Asamblea de Representantes en las cooperativas de más de 1500 miembros cuyos estatutos prevean su constitución (apdo. 1, art. 43 a GenG). Si el Consejo Rector no se ha formado regularmente, el Juzgado de Distrito podrá nombrar un Consejo Rector provisional hasta que se subsanen los defectos (art. 29 BGB por analogía).

El Consejo Rector debe dirigir la cooperativa bajo su propia responsabilidad (frase 1, apdo. 1, art. 27 GenG). Para ello tendrá que tener en cuenta las limitaciones que le hayan sido impuestas en los estatutos, en su caso (frase 2, apdo. 1, art. 27 GenG). Frente a terceros, es decir, en las relaciones externas, estas limitaciones no tendrán eficacia (apdo. 2, art. 27 GenG).

El Consejo de Supervisión debe controlar con exhaustividad al Consejo Rector (apdo. 1, art. 38 GenG). Sin embargo, no le compete ningún poder de representación, a – excepción de la representación de la eG frente a los miembros del Consejo Rector (art. 39 GenG).

10.5. Mutualidades aseguradoras (VVG)

El Consejo de Administración de una VVG debe estar formado al menos por dos personas (frase 1, apdo. 1, art. 34 de la VAG). En general, le son de aplicación por analogía, de conformidad con la frase 2 del apartado 1 del artículo 34 de la VAG, las disposiciones de la Ley de Sociedades Anónimas (art. 76.1 y 76.3, 77 a 91, 93 y 94 de la AktG). Al respecto léase la sección 10.3.1. El Consejo de Administración dirige, por tanto, la VVG bajo su propia responsabilidad y es nombrado por el Consejo de Administración.

El Consejo de Administración, cuyas tareas principales – como en la AG – son el nombramiento, la convocatoria y el control del Consejo de Administración, está formado de tres miembros, como mínimo, o de un número superior múltiplo de tres (apdo. 1, art. 35 VAG). También le son de aplicación por analogía, según el artículo 35 VAG, las disposiciones que regulan el Consejo de Administración de la AG (véase la sección 10.3.1.).

En cambio, al Consejo de Administración de la “asociación más pequeña”, en el sentido del artículo 53 VAG, se aplican por analogía las disposiciones relativas a las asociaciones del Código Civil Alemán (art. 26 y ss. BGB). Al respecto léase la sección 10.2. La ley no prevé un Consejo de Supervisión para las "asociaciones más pequeñas".

Pregunta 11:

¿Cuáles son y cuál es el origen de las facultades y limitaciones de que gozan los administradores en el ejercicio de su cargo?

11.1. Fundaciones

Según los artículos 86 y 26 BGB, el Patronato representa exclusivamente y con carácter general a la fundación, si bien el alcance del poder de representación puede limitarse en los estatutos con eficacia frente a terceros.

El Patronato de la fundación, según los artículos 86, apdo. 3 del art. 27 y art. 664 a 670 BGB, debe gestionar los negocios de la fundación con la diligencia a la que está obligado el mandatario. A este respecto deben tenerse en cuenta, en primer lugar, la voluntad del fundador y las menciones de los estatutos. Salvo disposición estatutaria en contrario, el Patronato podrá exigir la restitución de los gastos necesarios en que haya incurrido, a menos que en los estatutos se le conceda una retribución (art. 670 BGB).

11.2. Asociaciones

La Directiva es el órgano de representación legal de la asociación, tanto de la asociación con ánimo de lucro, como de la asociación registrada (apdo. 1, art. 26 BGB).

La Directiva representa a la asociación judicial y extrajudicialmente (frase 1, apdo. 2, art. 26 BGB). Su poder de representación es amplio, si bien los estatutos pueden limitarlo incluso con eficacia frente a terceros (frase 2, apdo. 2, art. 26 2 BGB).

La Directiva debe llevar a término los negocios de la asociación con la diligencia exigible a un mandatario (apdo. 3 del art. 27 y art. 664 y ss. BGB). Sus acciones y omisiones se miden con la diligencia que normalmente aplica una persona adulta y cabal en el desempeño de sus tareas, y en caso de negligencia, deberá responder frente a la asociación (art. 276 BGB).

11.3. Sociedades de capital

11.3.1. Sociedades anónimas (AG)

El Consejo de Administración es el único órgano de administración y representación de la AG (art. 76 y 78 AktG). Debe "dirigir bajo su propia responsabilidad" los negocios de la sociedad (apdo. 1, art. 76 de la AktG). Este poder de dirección es intransferible y sólo puede delegarse a un tercero mediante un contrato de empresa (contrato de dominación). El Consejo de Administración de la AG no está sometido, a diferencia de los administradores de una GmbH, a las normas de los propietarios del capital. A partir de la justificación de gobierno de la nueva redacción del artículo 76 AktG del año 1965, se destaca en general que el Consejo de Administración debe tener en cuenta, en el desempeño de sus funciones, los intereses de los accionistas y trabajadores de la sociedad, así como el interés general. Entre las tareas del Consejo de Administración mencionadas en la ley se encuentra la convocatoria de la Junta General de accionistas (apdo. 2, art. 121 AktG), la preparación y ejecución de los acuerdos de la Junta General de accionistas (art. 83 AktG), la llevanza de los libros de comercio pertinentes (apdo. 1, art. 91 AktG), así como la elaboración del cierre del ejercicio y del informe de gestión (art. 264 HGB).

El Consejo de Administración debe informar regularmente al Consejo de Supervisión, según el artículo 90 AktG, sobre la futura política empresarial y otras cuestiones esenciales de planificación empresarial (por ejemplo, planificación financiera, de inversiones y de personal), sobre la rentabilidad de la sociedad (incluida la rentabilidad del capital propio), la marcha de los negocios (volumen de negocios y estado de la sociedad), así como de los negocios que pueden ser de importancia para la rentabilidad y liquidez de la sociedad. Según el apartado 2 del artículo 91 AktG, el Consejo de Administración debe adoptar las medidas apropiadas, en concreto establecer un sistema de supervisión, para que puedan detectarse a tiempo las circunstancias que puedan poner en peligro la continuación de la sociedad.

El Consejo de Administración puede dotarse de un reglamento interno siempre que no haya redactado ya uno el Consejo de Supervisión (apdo. 2, art. 77 AktG).

Sólo el Consejo de Administración representa a la sociedad frente a terceros (apdo. 1, art. 78 AktG). Este poder de representación no puede limitarse (apdo. 1, art. 82 AktG). Salvo

disposición estatutaria en contrario, la ley prevé la representación mancomunada ejercida por todos los miembros del Consejo de Administración (frase 1, apdo. 2, art. 78 AktG). Véase también la sección 10.3.1. Sin embargo, en la práctica los estatutos de las sociedades anónimas suelen prever disposiciones en contrario. A menudo disponen que la AG, si el Consejo de Administración es de varios miembros, la representarán dos de ellos o uno junto con un apoderado.

Según el apartado 1 del artículo 93 AktG, los miembros del Consejo de Administración, en el ejercicio de sus funciones, deben proceder con la "diligencia de un administrador ordenado y cabal". Deben garantizar el silencio de los datos confidenciales y secretos de la sociedad (frase 2, apdo. 1, art. 93 AktG). Los miembros del Consejo de Administración que infrinjan sus obligaciones estarán obligados a indemnizar por los perjuicios causados a la sociedad (apdo. 2 y 3, art. 93 AktG). Según el artículo 88 AktG, los miembros del Consejo de Administración están vinculados a una prohibición de competencia legal. No pueden, sin el consentimiento del Consejo de Supervisión, ejercitar industria ni realizar negocios en el ramo comercial de la sociedad por cuenta propia o de tercero, ni ser miembro de la dirección de otra sociedad mercantil.

11.3.2. Sociedades comanditarias por acciones (KGaA)

El socio responsable personalmente (socio comanditario) es, según los artículos 278. 2 AktG, 161. 2, 114 y ss. HGB, el único órgano de administración y gestión de la KGaA, y los accionistas comanditarios están excluidos de la administración (apdo. 2 del art. 278 AktG y art. 164 HGB). Si existen varios socios responsables personalmente, salvo disposición estatutaria en contrario, cada uno de ellos representará individualmente a la KGaA (apdo. 2 del art. 278 AktG y apdo. 1 del art. 125 HGB). Para más información sobre el poder de representación, consulte la sección 10.3.2. El poder de representación puede serle revocado a un socio comanditario a instancia de los demás socios por resolución judicial cuando concorra un motivo importante, en concreto, un incumplimiento grave o incapacidad para el correcto ejercicio de la representación de la sociedad (apdo. 2 del art. 161 y art. 127 HGB).

El socio responsable personalmente está sujeto, como el Consejo de Administración de la AG, a una prohibición legal de competencia (art. 284 AktG; para más información véase la sección 11.3.1.).

Por lo demás, el artículo 283 AktG declara aplicables obligaciones esenciales del Consejo de Administración de las sociedades anónimas también a los socios responsables personalmente de la KGaA. En especial, las obligaciones de diligencia y responsabilidad frente a la sociedad, la elaboración del cierre del ejercicio y las obligaciones de informar al Consejo de Supervisión. Para más información, véase la sección 11.3.1.

11.3.3. Sociedad de responsabilidad limitada (GmbH)

Los administradores de una GmbH son el órgano necesario de administración y gestión prescrito por la ley (art. 35 y 36 GmbHG). Si se nombran varios administradores, salvo disposición estatutaria en contrario, la representación será llevada a cabo por todos los administradores en mancomún (frase 2, apdo. 2, art. 35 GmbHG). Normalmente los contratos de sociedad establecen una regulación distinta. A menudo, dos administradores o uno con apoderado representan mancomunadamente a la sociedad. El administrador no tiene que ser al mismo tiempo socio de la GmbH.

El administrador de la GmbH está obligado frente a la sociedad a respetar las limitaciones que le hayan sido impuestas en el marco de sus actuaciones de administración y representación por el contrato de sociedad o los acuerdos de los socios (apdo. 1, art. 37 GmbHG). También está vinculado a su normativa en el ámbito de la representación. De todas formas, esas limitaciones no tienen eficacia frente a terceros (apdo. 2, art. 37 GmbHG). Por lo tanto, en las relaciones externas, el poder de representación orgánico es ilimitable.

Entre las tareas y obligaciones del administrador previstas en la ley se pueden mencionar, además de la representación de la sociedad y la sujeción a las normas, la llevanza de los libros de la sociedad (art. 41 GmbHG), la elaboración del cierre del ejercicio (art. 264 HGB), la convocatoria de la Junta General (art. 49 GmbHG), así como la obligación de facilitar, a solicitud de cada socio, información sobre los asuntos de la sociedad y garantizar la consulta de los libros y documentos de la sociedad (art. 51 a GmbHG). Además los administradores están obligados, según el artículo 40 GmbHG, a notificar al Registro Mercantil toda modificación que tenga lugar en el activo y cuantía de las participaciones de los socios mediante el envío de una lista nueva y completa de socios. Según el artículo 17 GmbHG, las divisiones de las participaciones sociales requieren autorización del Consejo de Administración para que adquieran eficacia.

Según el apartado 1 del artículo 43 GmbHG, los administradores, en el ejercicio de sus cargos, deben proceder con la “diligencia de un ordenado empresario”. En caso de incumplimiento de esta obligación, responderán de los perjuicios causados frente a la sociedad (apdo. 2, art. 43 GmbHG).

11.4. Cooperativas registradas (eG)

Como órgano de administración y gestión obligatorio, la Ley de Cooperativas (GenG) prevé el Consejo Rector (art. 9 y apdo. 1 del art. 24 GenG). Si se nombran a varios miembros para el Consejo Rector, todos ellos representarán mancomunadamente a la cooperativa (apdo. 1, art. 25 GenG) salvo que los estatutos dispongan otra cosa. En la práctica suelen encontrarse disposiciones distintas a esta previsión legal, como en el caso de la AG y GmbH (véase también la sección 10.4.). A diferencia de lo que ocurre en la AG y GmbH, los miembros del Consejo Rector de una eG deben ser también socios de la cooperativa (apdo. 2, art. 9 GenG).

El Consejo Rector debe dirigir, según la previsión legal del apartado 1 del artículo 27 GenG, la cooperativa "bajo su propia responsabilidad". Para ello debe respetar las limitaciones que le hayan sido impuestas en los estatutos (frase 2, apdo. 1, art. 27 GenG). Frente a terceros, esas limitaciones no tienen eficacia jurídica (apdo. 2, art. 27 GenG). Como en la AG y GmbH, el poder de representación del Consejo Rector con eficacia externa es ilimitable.

Entre las obligaciones y tareas del Consejo Rector reguladas en la ley cabe mencionar la representación de la eG, en concreto la creación de una lista de miembros (art. 30 GenG), la llevanza correcta de los libros, incluida la elaboración del cierre del ejercicio y el informe de gestión (art. 33 GenG), la obligación de redactar un informe a petición del Consejo de Supervisión (apdo. 1, art. 38 GenG), así como la convocatoria de la Asamblea General o de la Asamblea de representantes (apdo. 1, art. 44 GenG).

Según el apartado 1 del artículo 34 GenG, los miembros del Consejo Rector deben desempeñar su cargo con la "diligencia de un gerente de cooperativa ordenado y cabal", así como garantizar el silencio de los datos confidenciales y secretos. En caso de infracciones, los infractores estarán obligados frente a la cooperativa a indemnizar los perjuicios causados (apdo. 2, art. 34 GenG).

11.5. Mutualidades aseguradoras (VVaG)

El Consejo de Administración es el único órgano de administración y gestión de la VVaG.

A sus derechos, obligaciones y facultades, incluida la clase del poder de representación, se aplican por analogía las disposiciones reguladoras del Consejo de Administración de las sociedades anónimas (§ 34 VAG). Véase al respecto la sección 11.3.1.

En cambio, al Consejo de Administración de una "VvaG más pequeña" se aplican por analogía, en lo esencial, las disposiciones reguladoras de la Directiva de una asociación del Código Civil Alemán (véase al respecto la sección 11.2.).

Pregunta 12:

¿Cómo se acredita formalmente la designación de los administradores o representantes de las personas jurídicas?

Siempre que las personas jurídicas estén inscritas en un registro público, la prueba sobre la composición del órgano de administración y la clase del poder de representación se practica mediante un extracto auténtico del Registro correspondiente o también mediante una certificación notarial basada en la consulta del Registro.

Así del Registro de Asociaciones, que gestiona el Juzgado del Distrito en cuya circunscripción se encuentra la sede de la asociación, puede tenerse constancia, entre otros, de los siguientes hechos: la capacidad jurídica de la asociación, su nombre y sede, el día de la fundación de la

asociación, así como los nombres y clase del poder de representación de los miembros de la Directiva.

En cuanto a las sociedades de capital, AG, KGaA y GmbH, estos hechos se desprenden del Registro Mercantil, que gestiona el Juzgado de Distrito en cuya circunscripción se encuentra la sede de la sociedad (desde el 1 de enero de 2002 se realiza una centralización del Registro Mercantil, de manera que sólo lo gestionarán los Juzgados de Distrito en cuya circunscripción tenga la sede un Tribunal de Primera Instancia, y, por tanto, para todas las sociedades que tengan la sede en esa circunscripción, art. 125 FGG). Del Registro Mercantil se extrae además el objeto social.

En relación con las cooperativas registradas (eG), estos hechos se extraen del Registro de Cooperativas, que gestiona el Juzgado de Distrito en cuya circunscripción tiene la sede la cooperativa.

Cualquier persona puede consultar el Registro de Asociaciones (frase 1, apdo. 1, art. 79 BGB), así como solicitar la expedición de extractos simples o auténticos (frase 2, apdo. 1, art. 79 BGB). No se requiere acreditar la concurrencia de un interés jurídico. También puede solicitar cualquier persona una certificación del Juzgado de Distrito sobre la composición de la Directiva (art. 69 BGB).

La consulta del Registro Mercantil, así como el derecho de solicitar extractos simples o auténticos, también compete a cualquier persona, sin que sea necesario acreditar la titularidad de intereses especiales (apdo. 1 y 2 del art. 9 HGB). Lo mismo rige para el derecho de solicitar al Juzgado de Distrito un certificado sobre las relaciones de representación de una sociedad mercantil (frase 2, apdo. 3, art. 9 HGB). Si el Registro Mercantil ya se gestiona con medios electrónicos, en lugar del extracto del Registro Mercantil simple o auténtico, se podrá obtener una copia impresa simple o auténtica del Juzgado del Distrito del fichero automatizado (frase 4, apdo. 2, art. 9 HGB).

Para la consulta del Registro de Cooperativas y para el derecho de solicitar un extracto simple o auténtico, o en caso de registro gestionado electrónicamente, una copia impresa simple u oficial, se aplican por analogía los principios ya descritos para el Registro Mercantil (art. 156. 1 GenG y art. 9 HGB).

Sin embargo, en Alemania tienen una gran relevancia práctica las certificaciones notariales sobre las relaciones jurídicas de una persona jurídica inscrita en un registro público (o también de cualquier otro tipo de sociedad mercantil). Según la frase 1 del apartado 1 del artículo 21 del Reglamento Federal del Notariado (BNotO), los notarios son competentes, cuando estas circunstancias deriven de la inscripción en el Registro Mercantil o en otro Registro similar, para:

1. Expedir certificaciones del poder de representación.
2. Expedir certificaciones de la existencia o la sede de una persona jurídica o sociedad mercantil, de la modificación de la razón social, la transformación o cualquier otra circunstancia de relevancia jurídica.

Tal certificación notarial tendrá, según la frase 2 del apartado 1 del artículo 21 BNotO, "la misma fuerza probatoria que un certificado del Juzgado del Registro". Según el apartado 2 del artículo 29 BnotO, el Notario podrá expedir la certificación sólo cuando previamente haya adquirido certeza por consecuencia de una consulta del Registro o de un extracto auténtico del Registro. En la certificación, el Notario deberá indicar el día de la consulta del Registro o el día de la expedición del extracto / copia impresa del registro auténtico consultado (frase 2, apdo. 2, art. 21 BNotO).

Dado que no existe un registro de fundaciones (único para todo el Estado) y los registros de fundaciones existentes en algunos estados federados no son registros en sentido jurídico, tampoco gozan de protección pública de la fe pública, por lo que la prueba de las relaciones de representación en el caso de las fundaciones ni se practican mediante un extracto del registro oficial ni mediante una certificación notarial. En la práctica, sin embargo, las autoridades competentes en materia de fundaciones de los estados federados expiden, a instancia del interesado, un certificado de representación oficial, cuando el solicitante acredita ser titular de un interés legítimo. Algunos estados federados han previsto esta posibilidad en sus leyes sobre fundaciones.

En relación con las asociaciones con ánimo de lucro o extranjeras, sólo puede expedirse un certificado de representación mediante certificación de las autoridades competentes en materia de fundaciones de los estados federados para el reconocimiento de las asociaciones con ánimo de lucro. Las regulaciones legales al respecto no son claras. Lo mismo hay que decir en relación con las mutualidades aseguradoras (VvaG) "más pequeñas", que no deben inscribirse en el Registro Mercantil (véanse al respecto las secciones 4.5. y 6.5).

Tercera parte

En relación con las personas jurídicas extranjeras, y sobre todo con las sociedades mercantiles extranjeras, muchas veces es difícil acreditar su existencia y poder de representación. Con frecuencia se plantea la pregunta de si existe la sociedad o quién debe intervenir para atribuir eficacia a una declaración con relevancia jurídica de la persona jurídica. Ante la creciente internacionalización y globalización, supondría una considerable simplificación para el tráfico jurídico internacional que se otorgara a los notarios una competencia de carácter general para crear certificados de existencia y representación, lo más normalizados posible, a fin de que puedan utilizarse al menos en el extranjero, en relación con las personas jurídicas nacionales de naturaleza privada, incluidas las sociedades mercantiles.

El Derecho alemán prevé expresamente esas certificaciones notariales en el apartado 1 del artículo 21 del Reglamento Federal del Notariado (BNotO). La ley atribuye a esas certificaciones la misma fuerza probatoria que la de los certificados del registro judicial.

En la práctica jurídica alemana, aun cuando no existe regulación legal al respecto, los documentos de los notarios extranjeros, con independencia de si se basan en una inscripción en un registro extranjero o – a falta de registro – en otras fuentes de reconocimiento, gozan de un reconocimiento amplio (véase sólo Schippel/Reithmann, BNotO, art. 21, nº 11 y Reithmann DNotZ 1995, 360/367). La certificación de un notario extranjero – en caso necesario, acompañado con el asesoramiento jurídico de un notario nacional – proporcionaría al mandato más transparencia y comprensibilidad de las que a menudo pueda conferir la certificación de un registro extranjero. Con ello la actividad notarial adquiriría un valor evidente y notable en el tráfico jurídico internacional.

La certificación de un notario extranjero sobre la existencia y representación de una persona jurídica extranjera de naturaleza privada debería contener, para poder ser utilizada en Alemania, al menos estas menciones:

1. Acreditación de la existencia ante el Derecho de la persona jurídica
2. Razón social
3. Sede
4. Forma jurídica
5. Nombre, fecha de nacimiento y domicilio de los representantes/apoderados legales
6. Clase de autorización de representación de los representantes/apoderados legales (por ejemplo autorización de representación individual o mancomunada)
7. En su caso, indicación de si la persona o personas autorizadas para la representación tienen autorización para celebrar negocios jurídicos de autocontratación. Esto es importante en los casos en que se quiera nombrar al agente de la persona jurídica extranjera administrador/directivo de una filial alemana o cuando la persona jurídica extranjera constituya una filial nacional en la que deba intervenir el agente de la persona jurídica extranjera como socio.
8. En su caso, indicación de si existen limitaciones del poder de representación (por el objeto, cuantía etc.).

9. Indicación de la fecha, clase y forma en la que notario extranjero ha adquirido la certeza de las relaciones jurídicas o hechos que debe acreditar (por ejemplo a raíz de la consulta del registro público, como el Registro Mercantil o de sociedades, de un extracto del registro oficial auténtico o de la obtención de datos registrales de un eventual registro electrónico oficial etc.).
10. En caso de certificaciones obtenidas mediante la consulta de un registro:
 - Lugar en el que está establecido el registro
 - Número registral con el que se gestiona la persona jurídica

La certificación del notario extranjero debe contener la fecha de su expedición, así como la firma y sello oficial del notario. Además deben tenerse en cuenta las disposiciones sobre legalización de documentos públicos (en caso necesario, apostilla).

Las certificaciones notariales pueden emitirse en forma abstracta, pero también en forma concreta, como por ejemplo en el marco de la escrituración de un poder otorgado por una persona jurídica.

De esa manera, quedaría garantizada la seguridad jurídica necesaria en relación con las cuestiones sobre la existencia y representación de las personas jurídicas (véase al respecto las propuestas de formulación en distintos idiomas en *Notarius International*, Cuaderno 1-2/2002, pág. 96 y ss.).

Un certificado de existencia y representación abstracta de una sociedad alemana de responsabilidad limitada (GmbH) podría ser, por ejemplo, como se indica a continuación:

Certificado de existencia y representación

Yo, el Notario Dr. A. B. con notaría en (ciudad), certifico que, en virtud de la consulta realizada el (*fecha*) en el Registro Mercantil del Juzgado de Distrito de (ciudad), con número registral B 1234:

- La GmbH XY es una persona jurídica existente con capacidad jurídica de Derecho alemán.
- La razón social de la sociedad es XY-GmbH.
- La sede de la sociedad se encuentra en (ciudad).
- Forma jurídica: Sociedad de responsabilidad limitada
- Representantes legales (indicando nombre y apellido, fecha de nacimiento, dirección y cargo, por ejemplo administrador, apoderado etc.):
 - Señora DE
 - Señor FG
 - Señor HJ
- La sociedad está representada válidamente por dos administradores mancomunados. (O: por cada administrador individualmente).

- Limitaciones del poder de representación: (por ejemplo ninguna o sólo para negocios por valor de hasta xxx € o nunca para enajenar o afectar bienes inmuebles).
- Los representantes legales están autorizados a representar a la sociedad en los negocios que concierne en nombre propio y como representante de un tercero.
- La XY-GmbH está inscrita en el Registro Mercantil del Juzgado de Distrito de (ciudad) con el número B 1234.

(Ciudad), a.....

(Dr. A. B., Notario)

Sello oficial del Notario

Cuando se utilice este certificado en el extranjero deberá seguirse el procedimiento de legalización prescrito, en su caso, mediante la estampa de la apostilla.

Los trabajos preparatorios para la creación y formulación de certificados de representación notariales ya han dado lugar a la constitución de una subcomisión adscrita a la *Commission des Affaires de l'Union Européenne* (CAUE) en el marco de la UINL. Los resultados de su análisis, en parte con propuestas de formulación en distintos idiomas, fueron publicados en 1996, en un informe final titulado "*Certificat d'Identité et de Capacité des Sociétés Immatriculées au Registre du Commerce*", por la fundación holandesa *Fondation pour la Promotion de la Science Notariale*, Ámsterdam, en colaboración con el Instituto Notarial Alemán (*Deutschen Notarinstitut*), Würzburg/Alemania.

En relación con la constitución de las personas jurídicas, sobre todo de las sociedades de capital, la actividad notarial también cobraría más significación si la intervención del notario llegara a ser más relevante en términos generales. En el marco de la constitución concurren varios condicionantes, en función del punto de vista y los intereses en juego. Por un lado, el procedimiento debe resultar lo más sencillo, rápido y económico posible. Por otro, con la constitución de la persona jurídica, se crea una entidad basada generalmente en la agrupación de varias personas que hace nacer relaciones jurídicas de especial importancia. Todo ello hace necesario el asesoramiento de los socios constituyentes, la determinación de su voluntad y la creación de un contexto jurídico que, ponderando los distintos intereses de los partícipes, tenga también en cuenta la protección del tráfico jurídico, en concreto la posición del acreedor, y, en último término, proporcione la seguridad jurídica que sería deseable y sea garantía de certeza y de conformidad legal.

En el caso de las personas jurídicas más importantes de Derecho mercantil – la sociedad de responsabilidad limitada (GmbH) y la sociedad anónima (AG) -, el Derecho alemán prevé la escrituración notarial del acto constitutivo. El Notario, en el desempeño de su cargo público, puede atender a las exigencias que se han mencionado. Los gastos de toda la intervención notarial representan en el Derecho alemán sólo un porcentaje de los gastos de asesoramiento por parte

de abogados, mientras que la constitución de la persona jurídica suele requerir mucho tiempo debido a que normalmente es necesaria la inscripción en un registro judicial a la cual se le otorgan efectos constitutivos. Esto se podría remediar con una modificación de lege ferenda, en el sentido de que también se le podrían atribuir efectos constitutivos al acto notarial de la constitución de la sociedad, lo que contribuiría a una mejor valoración de la actividad notarial. En ese caso, la constitución de personas jurídicas podría llegar a ser un trámite mucho más breve.