

# ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

## Las uniones de empresas en la reforma alemana del Derecho de Sociedad por acciones

(Conclusión)

JUSTINO F. DUQUE

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca

### LOS GRUPOS DE EMPRESAS FUNDADOS CONTRACTUAL- MENTE

(Continuación)

#### § 3

#### GARANTÍAS PREVISTAS PARA LA SOCIEDAD, PARA LOS ACCIONISTAS Y PARA LOS ACREEDORES

- I. GENERALIDADES.—II. GARANTÍAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA SOCIEDAD Y DE LOS ACREEDORES.—A. Constitución de una reserva legal suficiente: 1. Las asignaciones previstas en el caso de contrato de cesión de beneficios. 2. En el caso de cesión parcial de beneficios. 3. En el caso de contrato de dominación.—B. La determinación del beneficio que ha de cederse.—C. Responsabilidad mediata de la empresa dominante: 1. La nivelación del déficit anual. 2. La nivelación del déficit en casos de contratos obligatorios.—D. Prolongación de la responsabilidad después de terminar el contrato.—III.—GARANTÍAS PARA LOS SOCIOS EXTERNOS DEL GRUPO.—A. Su carácter y justificación: 1. La nueva oposición de los socios en el grupo como razón justificadora de estas garantías; 2. Los beneficiarios de las garantías: los accionistas extraños al grupo.—B. La estructuración legal de las garantías previstas: 1. La compensación equitativa: a) Prestación dineraria de carácter periódico; b) La determinación del contenido legal de las garantías: a') Cálculo fijo; b') Cálculo variable; c') La infracción de estas normas; a') Caso de ausencia de compensación; b') Caso de garantía insuficiente; c') Particularidades del proceso de impugnación: 2. La indemnización en caso de separación: a) La justificación de esta garantía; b) La índole de la contraprestación; a') Entrega de acciones de la sociedad dominante; b') Otras soluciones; c) El ejercicio del derecho por el accionista; d) La infracción de las normas.—IV. APRECIACIONES CRÍTICAS FINALES.

1. Una parte esencial de la regulación prevista es la constituida por la referente a las garantías ofrecidas a la sociedad, a los socios y a los acreedores cuando se celebra alguno de los contratos de empresa antes examinados (I). Para

---

(1) Sobre los problemas desarrollados en este epígrafe: ECKHARDT, *Die Minderheitsrechte im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes*, W., 1958, págs. 668 y ss.; GINGERSOHN, *Der Minderheitschutz im Entwurf des neuen Aktiengesetzes*, Die AG., 1959, págs., 29 y ss.; KLOSE, *Der Referentenentwurf in der Sicht des Vorstandes der Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz*, Die AG., 1959, pág. 85; KOPPENBERG, *Der Schutz aussenstehender Aktionäre im Konzern. Zur Vorbere-*

la práctica poseen una importancia mucho mayor (2) los preceptos encaminados a proteger a los accionistas extraños al control, cuya protección, a pesar de los esfuerzos desplegados por ciertos círculos de interesados, no era muy satisfactoria en los contratos que habían venido celebrándose. En este sentido puede decirse que el derecho de las uniones de empresas es "ante todo un derecho para la protección de la minoría" (3), porque la misma formación de la unión encierra los datos para la producción de conflictos típicos entre intereses de la mayoría y de la minoría (4).

Los derechos concedidos por el ordenamiento jurídico a la minoría están previstos para una sociedad que funciona con independencia no sólo jurídica, sino, sobre todo, económica. Pero cuando la sociedad está dominada por otra empresa, desaparecen —al menos en gran parte— los presupuestos de hecho que permiten su ejercicio (5).

La política jurídica se manifiesta, pues, en una doble dirección. Al mismo tiempo que se facilita el ejercicio de los derechos ya previstos para la protección de los intereses minoritarios (6), es necesario prever otros nuevos que tengan cuenta de la especial situación de los socios cuando la sociedad está incluida en una agrupación.

Para la protección de los socios apresta, pues, el Ent un conjunto de medidas encaminadas a prevenir los perjuicios económicos que pueden originar para sus intereses la agrupación de la sociedad a la cual pertenecen con otras empresas.

La regulación proyectada aprovecha las enseñanzas de la práctica económica, pero no se limita a recoger la garantía de un dividendo, sino que ha previsto otra serie de garantías que contempla un conjunto de intereses típicos del socio (7).

Todas estas garantías constituyen ciertamente entorpecimientos que se oponen al deseo de las grandes empresas de celebrar contratos de este tipo. Son, sin embargo, el sacrificio que tiene que experimentar una empresa frente a los accionistas cuya posición de socio va a al-

---

*reitung der Diskussion in der Mitgliederversammlung der Deutschen Schutzvereinigungen vom 6-7-1962 in Düsseldorf, W., 1962, pág. 399; KROEFF, Der aussenstehende Aktionär im Konzern nach dem Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, W., 1958, págs. 674 y ss.; KROEFF, Rechtsfragen der Abfindung aussenstehender Aktionäre, DB., 1962, págs. 155 y ss.; RASCH, Minderheitschutz im Konzernrecht, W., 1958, páginas 592 y ss.; RASCH, Gewinnabführungs und Weisungsverträge im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, BB, 1959, págs. 165 y ss.*

(2) Según RASCH, *Richtige u. falsche Wege*, pág. 28.

(3) KROEFF, *Der aussenstehende Aktionär*, pág. 674. Los derechos de la minoría que ya existían no se aumentan, sino que se facilita su ejercicio, y, al mismo tiempo, se les protege en otra dirección.

(4) Así *Denkschrift BPB*, pág. 51. De los trabajos que hacen más hincapié sobre estos aspectos de la reforma se cuenta el elaborado por la Asociación para la defensa de los poseedores de títulos valores.

(5) KROEFF, *Der aussenstehende Aktionär*, pág. 674.

(6) V. ECKHARDT, *Die Minderheitsrechte...* cit., pág. 674.

(7) RASCH, *Gewinnabführungsvertrag*, pág. 169; MESTMÄCKER, *Verwaltung*, página 352.

terarse de manera tan decisiva para la celebración de un contrato de dominación o de cesión total de beneficios. No existe ninguna razón de política jurídica que aconseje facilitar demasiado la celebración de estos contratos (8).

Contra el establecimiento legal de garantías se ha hecho valer que podría impedirse la adaptación en el futuro de las modalidades contractuales a las circunstancias del caso concreto en función de la intención de las partes contratantes. Mas hay que observar que las previstas por la ley son garantías mínimas y que en ningún caso se impide a las partes una conformación adicional (9).

Recogiendo proposiciones anteriores (10), se prevén por el Reg Ent un conjunto de garantías para el caso de que una sociedad por acciones celebre un contrato de dominación o de cesión de beneficios, las cuales, sin embargo, no son necesarias cuando el contrato celebrado es otro distinto que no contenga ninguno de los elementos caracterizadores de los primeros (11).

II. Las garantías previstas para la protección de la sociedad son igualmente apropiadas para proteger los intereses de los socios externos que continúen siéndolo durante la duración del contrato (12), si bien esta protección se manifiesta principalmente en el momento final de la situación creada con el mismo (13).

El establecimiento de estas garantías no es, ciertamente, una novedad absoluta que hubiera construido deductivamente el autor del proyecto. Las más significativas de las garantías previstas en el proyecto se encuentran ya configuradas en los contratos, tal y como vienen celebrándose en el tráfico (14), y esta práctica es invocada expresamente por el Ent. cuando justifica la asunción de deudas por la empresa dominante (15) o el derecho de los accionistas a lograr una compensación adecuada (16). El proyecto no hace más que establecerlas legalmente —por regla general, con carácter necesario (17)—

(8) Así RASCH, *Richtige u. falsche...*, pág. 40. V. en caps. anteriores la discusión acerca de la conveniencia de reconocer o no ciertos tipos contractuales surgidos en la práctica como medio para constituir las uniones de empresas.

(9) Por la misma *Beg.* se prevé esta posibilidad al tratar de la indemnización y de la clase de indemnización que han de recibir los accionistas que se separan.

(10) V., por ejemplo, *Denkschrift BPB*, pág. 52.

(11) Excepto por lo que se refiere a la asunción de pérdidas en caso de los contratos enumerados por el § 291 (2). Para la crítica de esta limitación en la regulación legal, v. más adelante.

(12) Así lo hace *Beg.*, pág. 221 sub. § 289.

(13) GINGERSOHN, *Der Minderheitsschutz*, pág. 31.

(14) V., por ejemplo, FURLINGHAGEN, *Der Organschaftsvertrag*, cit., donde se incluyen algunos formularios de los utilizados por el tráfico alemán, analizando su contenido.

(15) *Beg.*, pág. 222, sub. § 291.

(16) *Beg.*, pág. 224, sub. § 293.

(17) Sin embargo, esta imposición de un contenido necesario no resuelve todas las dificultades. El contenido económico de los derechos de los accionistas externos variará en función de las circunstancias que concurren en cada caso,

y completarlas, insertándolas en el sistema que he previsto para la regulación legislativa del fenómeno de las uniones de empresas. Por esta razón, la acogida de estas normas, consideradas en su conjunto, no ha sido desfavorable (18), recayendo las críticas sobre puntos concretos de regulación.

A) Como la sociedad por acciones que celebra con otros empresarios un contrato de dominación o un contrato de cesión total o parcial del beneficio no estará en condiciones de constituir reservas voluntarias con una cantidad apreciable, es de suma importancia asegurar la constitución de una reserva suficiente para asegurar la subsistencia de la sociedad cuando terminen estos contratos (19).

Ahora bien, es sabido que la dotación de la reserva legal depende cuantitativamente de la suma de beneficios (20). Por lo tanto, en las sociedades obligadas por dichos contratos no habrá lugar a que surja el supuesto de hecho que condiciona la asignación de una parte de beneficio a la constitución de la reserva legal. Así, en el pasivo del balance de la sociedad obligada a ceder todo o parte de su beneficio lucirá una partida cuya función es marcar la indisponibilidad de la parte del beneficio —o de su totalidad— que, por virtud del contrato, ha de cederse a la empresa dominante, resultando así que las dotaciones a la reserva legal, en caso de que existan, serán mínimas e insuficientes para asegurar en su día el funcionamiento independiente de la sociedad. De manera semejante ocurrirán las cosas cuando la sociedad esté vinculada por un contrato de dominación, ya que la empresa dominante no se mostrará muy inclinada a la constitución de reservas sociales en la sociedad dependiente.

La especial situación creada por estas relaciones contractuales se atiende, mediante una complicada regulación (21) —pero merecedora de aprobación (22)— por el § 289, en cuyos párrafos se dictan normas en función de los distintos supuestos contractuales que afectan a la sociedad por acciones cuya reserva legal se trata de asegurar.

1. Para el caso de que exista un contrato de cesión de beneficio, se establecen dos asignaciones mínimas para formar la reserva legal.

---

y su fijación será un problema en cada caso, que puede desencadenar una serie de dificultades.

(18) V., por ejemplo, *Gemeinsame Denkschrift*, pág. 76; y, después, *Ergänzende Stellungnahme*, pág. 26.

(19) No se impone la constitución de ninguna reserva especial, sino que, simplemente, se asegura la formación adecuada de la legal ya establecida: para lo primero, RASCH, *Minderheitschutz*, pág. 597.

(20) El cálculo de la reserva legal —§ 43—, se simplifica en los proyectos. Para las diferencias de regulación, v. DÖLLENER, *Rechnungslegung und Prüfung nach dem Referentenentwurf eines Aktiengesetzes*, DB, 1958, págs. 1410 y siguientes.

(21) V. las observaciones de las *Ergänzende Stellungnahme*, pág. 26; también RASCH, *Richtige u. falsche...*, pág. 38.

(22) RASCH, ob. y loc. cit.

a) La primera se establece directamente por el § 289 (1), y su finalidad radica en *evitar la lentitud* con la cual se formaría dicha reserva, si se observaran estrictamente las normas previstas para la dotación de la reserva legal de una sociedad independiente. Para que la reserva se constituya en los *cinco primeros años* de vigencia del contrato (23), la asignación establecida es la proporcionalmente necesaria para alcanzar en esos cinco primeros años la décima parte del capital o el porcentaje —necesariamente más alto— del mismo que los estatutos señalasen. La asignación se calcula sobre el superávit que hubiera existido sin el contrato de cesión de beneficios, disminuido en la eventual pérdida procedente del año anterior. Si, después de celebrado el contrato, se aumenta el capital social, los cinco años comienzan a contarse de nuevo desde la fecha del aumento acordado.

b) La segunda asignación se establece mediante una remisión a lo dispuesto para el caso de que el contrato sea de cesión parcial de beneficios. Esta segunda asignación mínima se establece para el supuesto de que no pueda alcanzarse la primera.

2. Para formar la reserva legal de una sociedad sometida a un contrato de cesión parcial de beneficios hay que asignar a la reserva legal la cantidad que habría de asignarse a la reserva legal según la dotación prevista por la Ley para los casos normales de sociedades independientes calculado del superávit que habrían arrojado las cuentas, una vez deducido el importe de la eventual pérdida del año anterior.

3. Los principios expuestos se aplican de manera adecuada al supuesto de que exista un contrato de dominación.

B) La determinación del beneficio que la sociedad por acciones está obligada a ceder a la empresa dominante se abandona —como ya sucede en el derecho vigente (24)— a las condiciones que libremente hayan establecido las partes en el contrato correspondiente, a fin de que éste pueda ser adoptado a las circunstancias de hecho que concurran en cada caso (25).

Pero esta libertad no puede sobrepasar los límites de derecho necesario que el ordenamiento de la sociedad por acciones establece para proteger el interés de los acreedores frente a una arbitraria determinación del beneficio anual que amenazase la conservación del capital social al tener que registrar constantemente pérdidas en sus cuentas anuales. Por eso, el § 290 establece la suma máxima a que puede ascender el beneficio cedido a la empresa dominante. Cualesquiera que puedan ser las estipulaciones contractuales acerca del cálculo del beneficio cedible, éste no puede sobrepasar el superávit anual que hubiera

---

(23) *Beg.*, pág. 221.

(24) Así, coincidentemente, las fundamentaciones de los dos proyectos. Sobre la dificultad de determinar el concepto de beneficio, dada la multiplicidad de criterios existente para ello, v. ERLINGHAGEN, *Der Organschaftsvertrag*, páginas 19 y ss.

(25) *Beg.*, pág. 221.

resultado para la sociedad sin la existencia del contrato de cesión de beneficios.

Este principio general es, ulteriormente, matizado con algunas precisiones.

En primer lugar, el límite se aplica al cálculo del beneficio que haya de cederse en virtud de un contrato de cesión de todo el beneficio social o de cesión parcial del beneficio de la empresa en su conjunto considerada. La disposición no puede aplicarse cuando se trate de un contrato por el cual la sociedad se obligue a la cesión del beneficio producido por una explotación aislada, porque se crearía un estado de inseguridad (26), incompatible con la protección que el proyecto quiere lograr con sus normas.

En segundo lugar, este superávit se disminuye por la eventual existencia de pérdidas procedentes del año anterior y por la cantidad que, según el § 289, anteriormente mencionado, tiene que asignarse a la reserva legal.

Por otro lado, según los principios generales establecidos para el cálculo del beneficio, en la composición del superávit no entran las aplicaciones de las reservas manifiestas (27). Pero, a fin de no frenar excesivamente la constitución de reservas voluntarias durante la vigencia del contrato (28), el § 290, i, f, permite aplicar al cálculo del beneficio que ha de cederse las reservas voluntarias constituidas durante la vigencia del contrato.

C) Recogiendo las consecuencias derivadas de principios generales (29) y la extendida práctica contractual de establecer el deber de asumir las pérdidas de la sociedad obligada, el § 291 impone, con carácter necesario, la responsabilidad mediata de la empresa dominante frente a los acreedores de la sociedad dominada (30). La finalidad de este precepto no es, pues, la de agravar la posición de la empresa dominante, sino la de aclarar de manera rotunda, el ámbito de los contratos que originan este efecto, así como las circunstancias bajo las cuales puede renunciarse al mismo por los socios (31).

El fundamento para esta responsabilidad se encuentra en la necesaria coordinación entre el ejercicio del poder para decidir el destino

(26) Mediante una norma que se califica por la fundamentación de interpretativa. *Beg.*, pág. 222.

(27) La cautela de impedir la aplicación de ciertas reservas durante la duración del contrato se conecta con la formación rápida y segura de la reserva legal a fin de que la sociedad, cuando termine el contrato de empresa, no se halle totalmente desprovista de los medios patrimoniales que la permitan reanudar una actividad independiente: v. RASCH, *Minderheitschutz*, pág. 547.

(28) *Beg.*, pág. 222.

(29) Recogidos en los libros sobre el derecho de grupos —especialmente RASCH—; ERLINGHAGEN, *Der Organschaftsvertrag*, págs. 18 y ss.; BALLERTEDT, *Handels- und...*, pág. 838.

(30) *Beg.*, pág. 222.

(31) *Beg.*, loc. cit.; asiente RASCH, *Richtige u. falsche...*, pág. 38.

económico de una empresa y la responsabilidad económica que debe comportar ese ejercicio (32).

1. Durante la vigencia de un contrato de dominación o de cesión de beneficios, la otra parte contratante tiene que nivelar o compensar el déficit anual arrojado en las cuentas sociales, en cuanto no puede ser nivelado o compensado por la aplicación de las reservas voluntarias constituidas durante el mismo contrato —§ 291, (1)—.

Con esta medida se pretende mantener a la sociedad en condiciones de funcionar con independencia de la empresa dominante cuando termine el contrato que ha creado la unión entre las mismas.

De manera análoga a lo previsto para la renuncia de otras acciones pertenecientes a la sociedad (33), ésta puede renunciar —o transigir— a la pretensión de nivelación sólo después de que hayan transcurrido tres años desde el día en que se considera publicada en el registro mercantil la terminación del contrato. Esta limitación temporal no se aplica en el caso de que la empresa obligada a la nivelación sea insolvente y se haya convenido con sus acreedores para evitar o eliminar el procedimiento concursal (34).

La renuncia se basa sobre un acuerdo especial tomado corporativamente por los accionistas externos, siempre que una minoría representativa de la décima parte del capital participante en la adopción del acuerdo no haga constar en el acta su oposición al mismo. La consideración que ha movido al legislador a excluir de esta votación a los accionistas interesados es la de que, generalmente, dominan la sociedad por su participación.

2. Esta seguridad no se limita, sin embargo, a las sociedades que hayan celebrado uno de los contratos de empresa, sino que se extiende a otros supuestos contractuales, normalmente excluidos de la garantía.

Por ello, lo mismo sucede cuando se celebra alguno de los contratos obligatorios que no se refieran al destino de los beneficios producidos por la sociedad dependiente, pero variando la cifra con referencia a la cual se determinan las pérdidas que hay que nivelar. En efecto, según el § 291, (2), si la sociedad dependiente ha arrendado la explotación de su empresa a la empresa dominante, o se la ha entregado de otra manera o la explota en nombre propio por cuenta de la dominante, ésta tiene que cubrir o nivelar el déficit anual en cuanto no alcance para ello la contraprestación pactada.

D) Las medidas tutelares previstas hasta ahora por el proyecto se insertarán en la estructura jurídica de la sociedad por acciones, in-

(32) *Beg.*, loc. cit.

(33) *Beg.*, pág. 223, con cita de algunos preceptos.

(34) Esta regulación se ha considerado inútilmente complicada; *Stellungnahme II*, pág. 26. En su lugar debía de establecerse la irrenunciabilidad de estas pretensiones, que prescribirían por el transcurso de tres años computados a partir del día en que la terminación del contrato se inscribe en el registro mercantil.

tentando la conservación de capital social mediante el reforzamiento de algunos preceptos del ordenamiento jurídicosocial. Pero la protección de los acreedores actuada por el § 292 es una protección al margen de la estructura de la sociedad obligada.

Durante la vigencia del contrato, el crédito de la sociedad por acciones dependiente reposa sobre el deber de la empresa dominante de asumir pérdidas. Esta garantía cumple durante la vigencia de la situación contractual las mismas funciones que el mantenimiento del capital social, completándolas en este aspecto. La conclusión del contrato significa la extinción de su deber y el comienzo de una etapa económicamente difícil para la sociedad, cuyo desenvolvimiento ofrecerá serios temores (35).

Por esto, los acreedores sociales cuyos derechos hayan nacido antes de que la inscripción registral de la terminación se realice tienen el derecho de exigir a la empresa dominante la prestación de seguridades, si lo exigieran dentro de los seis meses siguientes a la publicación de la inscripción en el registro. No pueden exigir estas garantías los acreedores que, en caso de declaración de concurso, sean titulares de un derecho de preferencia sobre una masa patrimonial legalmente determinada. La sociedad, en vez de prestar estas garantías, puede afianzar los créditos. Esta solución tiene en cuenta los intereses de las dos partes interesadas en la prestación de garantías, ya que el acreedor conserva la misma posición jurídica que tenía durante el contrato y, por otro lado, se impide que la sociedad obligada a garantizar puede encontrarse en una difícil situación económica al tener que constituir súbitamente un gran número de garantías (36).

Esta garantía no es un caso insólito en el sistema del ordenamiento alemán del derecho de acciones. En otras ocasiones los acreedores tienen un derecho análogo (37). Pero en el caso que nos ocupa actualmente concurren dos especialidades que conviene poner de manifiesto. En primer lugar, el acontecimiento que determina para la empresa obligada el deber de constituir garantías no depende exclusivamente de su voluntad, sino que pueden originarse por el acto de la otra parte contractual —sociedad por acciones— que denuncie el contrato. Y, por otro lado, la garantía cubre las consecuencias patrimoniales de una actividad en cuya realización no ha tenido ninguna influencia la voluntad del garante (38).

III. Aunque las medidas que acaban de enumerarse contribuyen también a la protección de los intereses de los socios, el proyecto prevé unas medidas expresamente dirigidas a la tutela de los socios extraños al grupo.

A. La inclusión en el consejo de vigilancia de representantes de los socios externos no se ha consagrado por el proyecto por razones es-

(35) *Beg.*, pág. 223.

(36) Es la justificación aducida por la exposición oficial, loc. cit.

(37) Por ejemplo, en los casos de disminución de capital. Otros casos se citan en *Beg.*, sub. § 292.

(38) *Beg.*, pág. 223.



tructurales, ya que la presencia de aquéllos junto a los representantes del personal de la empresa hubiera debilitado excesivamente la posición de los miembros representantes de los intereses del grupo, sin ventajas efectivas para los socios minoritarios (39). Por ello, se prevé sólo compensación de carácter económico, tanto por la pérdida de esos derechos administrativos como por la disminución —al menos, modificación— de sus derechos económicos.

1. Admitida la posibilidad de modificaciones de esta índole en el contenido de la posición del socio (40), la justificación de las garantías se encuentra en la nueva posición de los socios extraños en el seno de la unión de empresas constituido mediante contrato. Como fundamento jurídico de la indemnización o compensación debida a los socios se ha utilizado (41) también la vigencia del principio de tratamiento igual de todos los accionistas. No existe tratamiento igual de los socios cuando el beneficio de la empresa se cede íntegramente a la sociedad de la cual es accionista el socio mayoritario, quien, de esta manera, obtiene el beneficio, mientras que la minoría queda reducida al modesto papel de rentista. La comparación con otros casos previstos por el AktGes permite deducir el principio de que la mayoría no puede obligar a la minoría.

2. Estas garantías se conceden a un grupo de socios, cuya característica general es la de no participar, ni directa ni indirectamente, en el grupo de control. A pesar de la importancia que, para la regulación de las uniones de empresas, tienen los accionistas externos, ni el Ref.Ent. ni el Reg.Ent. contienen en su articulado un concepto de los mismos. Impedir una enojosa regulación casuística es la razón que tanto uno como otro proyecto (42) aducen para justificar la ausencia de este concepto. Sin embargo, la trascendencia del mismo en el sistema proyectado fuerza al legislador a explicar lo que él entiende por "accionistas externos". El círculo de estos accionistas se deduce de la naturaleza de las cosas. En principio, accionistas externos son todos los accionistas de la sociedad, con excepción de la otra parte contratante. A la contraparte de la sociedad se equiparan los accionistas cuyo patrimonio constituye una unidad económica con el patrimonio de aquélla. Igualmente se equiparan a la contraparte de la sociedad los accionistas cuyos ingresos benefician a ésta o quienes se benefician de los ingresos de la contraparte. En definitiva, en éste como en otros aspectos, el proyecto pretende superar la apariencia de una diversidad de personas, formalmente existente en favor de la realidad económica. Por ello, al continuar determinando negativamente

(39) Cuestión ésta muy debatida. El examen de las distintas posibilidades y de su crítica en KROPPF, *Der aussenstehende Aktionär*, págs. 676 y ss.

(40) Para lo cual, v. los apartados anteriores.

(41) BALLERSTEDT, *Handels- und...*, pág. 840. Sin embargo, esta solución se estimó insuficiente por DUDEN, *Aktienrechtliche Fragen*, pág. 51.

(42) Cífrs. *Reg. Ent.*, *Beg.* al § 284 —modificación de los contratos de empresa— pág. 220 y *Ref. Ent.*, *erl. Bem.*, al § 271 —con el mismo contenido—, página 394.

el proyecto el círculo de los accionistas externos, excluye del mismo a los accionistas que están unidos a la contraparte directamente o indirectamente por medio de la posesión de todas sus participaciones o mediante un contrato de dominación o de cesión de beneficios. Tampoco son accionistas externos quienes, de la manera que acaba de describirse, están unidos con el tercero a quien, en lugar de la contraparte, la sociedad tiene que hacer la prestación originada por el contrato.

B) La estructuración de las garantías legalmente previstas es la siguiente:

1. Para compensar a los socios de la pérdida —o, al menos, de la considerable disminución— de su expectativa al reparto de beneficios cuando éstos, después de la celebración de un contrato de empresa, tienen que cederse a otra persona, establece el § 293 el derecho de los accionistas extraños al grupo a obtener de la empresa dominante una *compensación equitativa* (*angemessener Ausgleich*) (43). Los socios pertenecientes al grupo obtienen mediatamente su beneficio a través de su participación en las otras sociedades del grupo (44), mientras que los socios externos tienen que conformarse con lo dispuesto por el contrato en cuanto al destino de los beneficios.

El último inciso del § 293, (1), pone inequívocamente de manifiesto que el interés protegido por estas normas es el interés patrimonial (45) de los accionistas externos de la sociedad en el instante en que se celebra el contrato, porque, a pesar de que, en los casos normales, la ausencia de esta cláusula origina la nulidad del contrato —§ 293, (3)—, el contrato puede prescindir de las cláusulas referentes a la compensación si en la junta que adopta el acuerdo aprobatorio del contrato no hay accionistas externos que proteger. La razón aducida por la fundamentación es que, en este caso, cláusulas semejantes no tienen objeto y que el interés de los socios externos que pueden aparecer con posterioridad se tutela mediante las normas del § 296 (46).

En esta dirección tutelar, el § 296 se preocupa de amparar los intereses de quienes adquieren acciones con posterioridad a la celebración de un contrato de dominación o de cesión de beneficios. Si en este instante no existían accionistas externos al grupo, era innecesario —como ya se ha dicho— que el contrato determinase las condiciones en que estos accionistas tenían que ser compensados y, si, aún de todos modos, el contrato hubiera previsto una compensación, ésta podría no ser equitativa, en cuanto que fue fijada unilateralmente sin la necesaria contraposición de intereses (46 bis).

A la vista de esta situación, el RegEnt dispone que tan pronto como un extraño al grupo ingresa en la sociedad, el contrato tiene que

(43) Sobre el significado que tiene esta compensación para los derechos del socio, v. al tratar de los requisitos de eficacia de los contratos de empresa.

(44) *Beg.*, pág. 223.

(45) Los intereses de carácter administrativo son protegidos por el § 294, IV; *Beg.*, pág. 225.

(46) *Beg.*, pág. 224.

(46 bis) *Beg.*, pág. 226. El precepto no se encontraba en el anterior proyecto.

cesar lo más tarde al fin del ejercicio correspondiente al año en que el nuevo socio adquirió su participación (§ 296).

a) Cuando el contrato celebrado por la sociedad por acciones es un contrato de cesión de beneficios, la compensación adecuada consiste en una prestación dineraria, con carácter periódico, referida al importe de las acciones pertenecientes a los socios externos.

En definitiva, se trata de garantizar a los accionistas extraños al grupo un dividendo mediante lo que los proyectos llaman *Ausgleichszahlung*. La adopción de esta medida suscita dificultades porque supone transformar al accionista en un rentista, aunque esta transformación no sea definitiva, sino temporalmente limitada a la duración del contrato (47).

Como la existencia de un contrato de dominación no impide —aunque se haga problemático— que las cuentas de la sociedad dominada arrojen un beneficio (48), un contrato de este tipo debe de garantizar como compensación adecuada a los accionistas externos el pago anual de una parte del dividendo en cuantía determinada: § 293, (1).

b) Una de las cuestiones más difíciles con que se tropieza en la regulación de las garantías de los accionistas extraños es la determinación, no ya de la especie de aquéllas, sino de su contenido económico en el caso concreto (49).

El § 293, (2), prevé el doble cálculo (*Bemessung*) para determinar la cuantía de la prestación de la empresa dominante. Uno es de carácter fijo, y el otro, en cambio, de carácter variable. La aplicación de uno o del otro no depende de la elección del socio, sino del contrato (50), en el cuadro de las posibilidades que ofrecen las disposiciones legales.

a') Por regla general se aplican a la determinación del contenido económico de la compensación el cálculo fijo (*feste Bemessung*). Según éste, el contrato tiene que asegurar a los accionistas externos el pago anual de una cantidad que equivalga —por lo menos— a la que hubieran obtenido de acuerdo con los rendimientos de la sociedad hasta esa fecha y sus expectativas de ganancias para el futuro, si no se hubiera celebrado el contrato que origina la necesidad de establecer la compensación y la sociedad hubiera, por lo tanto, permanecido independiente. Existe así una especie de congelación de la situación de los socios no participantes en el grupo, la cual puede quizá mejorar si así se ha previsto en el contrato, pero, en ningún

---

(47) RASCH, *Sind auf dem Gebiet...*, pág. 35; GÜRGENSOHN, *Der Minderheitsschutz*, pág. 31. V. Lo que se dice anteriormente al tratar de la significación de los contratos de empresa.

(48) *Beg.*, pág. 224.

(49) RASCH, *Minderheitsschutz*, pág. 597. La paridad de trato entre acciones de la sociedad dominada y de la dominante no podrá ser en ocasiones igual, en cuanto que ambas tienen distinta potencia productiva.

(50) *Beg.*, pág. 224.

caso, puede ser inferior a la que los socios ya tenían (51). Para el cálculo del beneficio presunto, base del dividendo asegurado a los accionistas externos, hay que tener presentes las necesidades del balance, que, en cualquier situación de la sociedad, se hubieran producido igualmente. Por el contrario, es irrelevante la posible formación de reservas voluntarias, ya que no es frecuente el caso de una sociedad dominada que esté en condiciones de constituir reservas de este género.

b') Para el caso de que la otra parte contratante sea también una sociedad por acciones, el § 293, (2), prevé excepcionalmente un cálculo variable (*veränderliche Bemessung*). La parte de beneficio que corresponde a los accionistas externos se calcula teniendo en cuenta la que corresponda a las acciones de correspondiente valor nominal de la sociedad dominante. El valor de las acciones se determina según la valoración establecida para la fusión de sociedades en que una de ellas tiene que entregar acciones a los socios de la otra.

Para evitar los inconvenientes de una garantía rígida del dividendo, la configuración del dividendo mínimo ofrecido a los socios debía de hacerse teniendo en cuenta los beneficios de la sociedad superior y de la sociedad dominada. De esta manera podría corregirse la cuantía del dividendo a medida que variasen las circunstancias que afectan a un contrato de duración, porque en la duda hay que prever que la sociedad dependiente ha contribuido igualmente al aumento de los ingresos de la sociedad dominante (52).

c) El Ent. se muestra muy cauteloso al tratar las consecuencias que produce la infracción de las normas que acaban de exponerse.

a') En primer lugar, el contrato que no prevé ninguna compensación para los accionistas externos es nulo: § 293, (3).

b') Pero cuando el contrato prevé una compensación insuficiente, se excluye la nulidad del contrato y la del acuerdo aprobatorio —que anularía retroactivamente aquél—, ya que esta solución sería inadecuada para proteger a los accionistas, que, con la anulación del contrato, no obtienen la satisfacción de una compensación adecuada a su interés, y los restantes interesados tampoco obtienen nada de la anulación (53).

Por ello, el acuerdo aprobatorio de la celebración o modificación del contrato no puede impugnarse ni aduciendo el fundamento previsto por el § 233, (2) —obtención de ventajas para un socio a costa de los intereses sociales (54)—, ni tampoco la insuficiencia de la compensación

(51) *Beq.*, loc., cit.

(52) Así KLOSE, *ob.*, cit. reseñando las propuestas del *Vorstand de la Schutzv. f. Werth.*, pág. 89.

(53) *V. Beq.*, pág. 224. La nulidad del contrato se excluye al haberse previsto expresamente una determinación judicial de la compensación.

(54) La impugnación del acuerdo puede basarse igualmente en que un accionista intenta obtener para sí o para un tercero extraño a la sociedad ventajas

prevista por el contrato. En sustitución del poder de impugnación (55), el socio puede acudir al procedimiento previsto por el § 295 para hacer valer su derecho a una compensación adecuada mediante la determinación judicial de su contenido económico.

c') Omitiendo el examen detallado del procedimiento, voy a ocuparme exclusivamente de las peculiaridades que se prevén para este caso.

Todo accionista externo está legitimado para pedir la actuación judicial. De la misma manera que todo accionista puede impugnar el acuerdo perjudicial a los intereses sociales (56), el procedimiento judicial del § 295 debe de estar abierto a todos los socios, puesto que es un remedio sustitutorio del procedimiento de impugnación.

La pretensión tiene que hacerse valer en el plazo de dos meses computados a partir del día en que la celebración o modificación del contrato se considera publicado en el registro mercantil: § 293, (4), i, f.

La decisión del tribunal tiene que moverse en los límites establecidos por el contrato. Por lo tanto, el poder del tribunal se extiende al examen de la adecuación de la compensación prevista por el contrato, pero no a sustituir una especie de compensación por otra.

Pero la especialidad más interesante que hay que registrar es la referente a los efectos de la resolución judicial recaída. Si no se admite la pretensión deducida por los socios externos, el contrato es vinculante para ambas partes contratantes en los términos aprobados por el acuerdo de la sociedad. Si, por el contrario, la sentencia acoge la pretensión de los accionistas demandantes, el nuevo contenido de la compensación vincula a la sociedad dominada, pero no a la otra parte contratante, ya que el § 293, (5), la concede el derecho de denunciar el contrato, sin observar ningún plazo de denuncia, dentro de los dos meses siguientes a la firmeza de la decisión judicial. La justificación de este derecho es que la sentencia puede imponer a la empresa dominante un aumento en los compromisos previstos al celebrarse el contrato que aquélla no pueda soportar (57).

Sin embargo, la facultad que tiene la empresa dominante de separarse después de la decisión judicial ha sido juzgada desfavorablemente, porque, además de tratar desigualmente a ambas partes contratantes, encierra el riesgo de que los tribunales se muestren reacios a emitir decisiones mediante las cuales se elevaran las compensaciones previstas, en cuanto que las decisiones de ese contenido podrían provocar el ejercicio del poder de separación, lo cual, a la larga, consti-

---

especiales en perjuicio de la sociedad o de los otros socios, y que el acuerdo es adecuado para lograr este fin.

(55) Así lo considera la exposición, *Beg.*, pág. 225.

(56) Es una peculiaridad del derecho alemán que separa este ordenamiento, por ejemplo, del español.

(57) *Beg.*, pág. 225.

tuiría una causa de profundo desprestigio para su función juzgadora (58).

2. Como complemento a la adecuada compensación prevista por el § 293, el § 294 establece un ulterior remedio para equilibrar el patrimonio de los socios externos. Se trata de la *i n d e m n i z a c i ó n* (*Abfindung*) a que tienen derecho cuando alguno de los socios en dicha situación decide separarse de la sociedad que por el contrato se ha convertido en sociedad dependiente.

a) En efecto, la compensación del § 293 no cubre todos los perjuicios que el contrato produce en la posición del socio extraño al grupo, pues, a consecuencia del contrato, su posición se transforma normalmente en la de un rentista sometido a la rigidez de una renta fija —tan distinta a la participación en los beneficios producidos por la explotación de la empresa— y con la pérdida o considerable disminución de las posibilidades de influir, mediante el ejercicio de sus derechos administrativos, en la administración de la sociedad. Incluso el aspecto patrimonial de la posición del socio puede resultar perjudicado por la conclusión del contrato: por ejemplo, pérdida de las expectativas a un aumento de capital realizado con medios propios de la sociedad (59). Por otro lado, la celebración del contrato disminuye considerablemente las posibilidades de que la sociedad dominada pueda, después de su extinción, continuar desarrollando su actividad con independencia de la empresa dominante (60).

En definitiva, como no se puede presumir que en todo caso el socio externo esté de acuerdo con una indemnización que depende de un acuerdo de distribución de beneficios en cuya adopción él no participa con la emisión de su voto, el contrato tiene que contener el deber de la otra parte contratante de adquirir las acciones del socio externo que lo exija así en las condiciones previstas.

A pesar de que este derecho de separación del socio externo puede perturbar en alguna manera la vida de la sociedad, se ha mantenido en el Ent II, desechando las otras posibles soluciones que durante la discusión del primitivo proyecto se habían sugerido. La regulación actual no impide que los contratos de dominación o de cesión de beneficios prevean otras soluciones del conflicto de los intereses del socio externo al grupo y los de la sociedad dominante. Lo que no puede suprimirse es el derecho del socio a separarse de la sociedad (61).

b) La *i n d o l e* de la contraprestación que corresponde a la otra parte contratante se determina por el párrafo 2.º del § 294, según el carácter de la persona obligada a adquirir las acciones de la sociedad.

a') Si la contraparte de la sociedad dependiente es también una sociedad por acciones con domicilio en territorio alemán y que no

(58) V., sobre esto, KOPPENBERG, *Der Schutz*, pág. 400.

(59) V., coincidentemente, *Ref. Ent.*, pág. 404 y *Reg. Ent., Beg.*, pág. 295.

(60) A pesar de las cautelas que adopta el Proyecto: por ejemplo, en la rápida y eficaz formación de la reserva legal.

(61) *Beg.*, pág. 225.

depende de ninguna otra empresa, los socios externos a la sociedad pueden obtener, a cambio de sus viejas acciones, acciones de la sociedad contraparte (§ 294, (2), i). Esta es una solución que, en principio, conviene a ambas partes contratantes, ya que el socio enajenante adquiere bienes de contextura semejante a la de los que se ve privado a consecuencia del contrato (62) y la sociedad no se ve obligada a procurarse acaso por medios gravosos, el dinero necesario para adquirir las acciones de los socios que ejercitan su derecho de separación.

Mas si la sociedad adquirente no está dispuesta a entregar acciones propias —bien porque no lo considere conveniente, bien porque las circunstancias fácticas se lo impidan— puede preverse en el contrato la entrega de dinero para adquirir las acciones de los socios que se separan (§ 294, (2), 3).

La elección entre el pago en metálico y la entrega de acciones corresponde a la sociedad y no al socio que se separa, porque el derecho de decisión del socio, por virtud del cual pudiera exigir acciones de la sociedad dominante, pudiera crear situaciones difíciles a ésta, si, por la estructura de la sociedad y la coyuntura del mercado, no podía disponer de las acciones necesarias para satisfacer las exigencias de los socios (63).

b') La facultad de adquirir las acciones contra entrega de otras no corresponde a la otra parte contratante cuando ésta es una sociedad por acciones dependiente de otra sociedad por acciones, o, simplemente, cuando, aun siendo sociedad independiente, no está domiciliada en territorio alemán. En estos supuestos los socios que pretenden desprenderse de sus acciones no pueden ser obligados a adquirir títulos de sociedades que, por una u otra circunstancia, escapan a su control (64). Por ello, el contrato tiene que prever o la entrega en dinero o la entrega de acciones de la sociedad dominante (§ 294, (2), 2), a fin de que el socio obtenga la solución que mejor convenga a sus intereses.

Por último, cuando la otra parte contratante no es una sociedad por acciones la única posibilidad que cabe es la de establecer una contraposición en metálico (65).

(62) *Beg.*, loc., cit.

(63) KROFF, *Der aussenstehende Aktionär*, pág. 679. La discusión ha girado alrededor de la conveniencia de atribuir la opción al accionista. V. GINGER-SOHN, *ob.*, cit., pág. 32; DUDEN, *Zur Referententzurf*, pág. 1102. Últimamente se ha vuelto a proponer que el socio pudiera optar entre recibir acciones o dinero metálico. Desde el punto de vista de los intereses del socio, se evitarían los peligros de que el accionista viera sustituidas sus acciones —pertenecientes a una sociedad floreciente—, con cotización en Bolsa por acciones de una sociedad que sólo se cotizan en círculos íntimos. Desde el punto de vista de su viabilidad, las dificultades de numerario para la empresa dominante podrían obviarse mediante el recurso al capital autorizado: v. KOPPENBERG, *Der Schutz*, página 460.

(64) *Beg.*, pág. 225. Se prevé el caso de un sindicato minero; pueden ofrecerse títulos representativos de las participaciones en estas entidades (*Kurz*).

(65) En conexión con el derecho del accionista a optar entre la entrega en acciones o la entrega de dinero, se ha propuesto —por la *Schutzf. Wert.*—

De nuevo se tropieza en este caso con las dificultades inherentes a toda operación dirigida a establecer las bases necesarias para determinar una contraprestación justa que satisfaga el interés del socio que se separa. Como en la compensación prevista por el párrafo anterior, se declara que la indemnización se considera adecuada cuando las acciones entregadas están con las adquiridas en la relación en que habrían de entregarse acciones a la sociedad incorporada en caso de fusión (66). Los restos pueden pagarse en metálico (§ 292, (3), i, f).

Para juzgar la adecuación de la indemnización en metálico no se dan reglas especiales. En el curso de los trabajos de reforma se propusieron diversos criterios, pero ninguno ha sido recogido en el proyecto, porque en esta materia tiene que existir, necesariamente, un ámbito de discrecionalidad abandonado al libre juego de los intereses en presencia (67). De manera general puede decirse que para este juicio debe de tenerse presente no sólo el valor de las acciones en función del patrimonio social y de los beneficios sociales, sino igualmente la situación general del mercado de capitales (68).

c) Los requisitos para que el socio ejerza el derecho de separación se contiene en el párrafo 4 del § 294. El deber de adquirir las acciones del socio separado puede limitarse temporalmente. El plazo mínimo durante el cual la sociedad está obligada a adquirir las acciones es de dos meses, calculados a partir del día en que se considera publicada la celebración del contrato por su inscripción en el registro. Si, al amparo del procedimiento de impugnación previsto por el § 295, se ha presentado una solicitud para determinar la cuantía de la compensación o de la indemnización, el plazo termina dos meses después de que se publique la decisión recaída en el periódico oficial. Con ello, el socio, aun no habiendo actuado judicialmente, no está obligado a elegir antes de que la contienda haya concluido, decidiendo, una vez resuelta, si, a la vista de las nuevas circunstancias creadas por la decisión del tribunal, opta por permanecer en la sociedad o por desprenderse de sus títulos (69).

d) Las consecuencias de la infracción por el contrato de estas

---

que la empresa dominante debía ofrecer, en todo caso, al accionista una contraprestación en dinero.

(66) De acuerdo con el § 12 de la ley de 12-XI-1956, que disciplina los negocios de fusión: v. BAUMBACH-FUECK, *Komm.*, pág. 920.

(67) V., en este sentido, KROFF, *Der aussenstehende Aktionär*, pág. 679.

(68) Según propuso el *Vorstand de la Schutzv. f. Wertp.* cit. KLOSE, página 89. BALLERSTEDT --*Die Verfassung...*, pág. 841-- propuso tener presente para calcular el valor de las acciones que pertenecen a los socios que se separan la cotización de los títulos en una sesión en la cual no hubiera podido todavía influir la futura inordinación de la sociedad en el grupo formado por el contrato que motiva la separación por la cual se indemniza al accionista. El cálculo del patrimonio podría facilitarse mediante la redacción de un balance especial en el cual se tuvieran presentes las reservas sociales y que, juntamente con una memoria explicativa de los criterios utilizados, se sometieran al examen de los censores de cuentas.

(69) *Reg.*, pág. 276.



normas son parcialmente distintas a las previstas para la infracción de las normas del párrafo anterior, referente a la compensación equitativa de los accionistas.

Si el contrato no prevé indemnización de ninguna especie para la adquisición de las acciones, el contrato no es nulo, sino que el socio que pretenda desprenderse de sus títulos habrá de acudir al tribunal en la forma prevista por el mismo proyecto.

Si la indemnización se considera insuficiente, igualmente habrá que acudir al procedimiento previsto a fin de lograr su corrección si procede.

IV. Las garantías examinadas no se prevén más que para el caso de que el contrato celebrado sea uno de dominación o de cesión total de beneficio. Esta limitación es insatisfactoria, porque es insuficiente para proteger total y adecuadamente los intereses tutelables en el fenómeno de las uniones de empresas. En primer lugar las uniones de empresas pueden reposar sobre una base sin carácter contractual. Pero, además, la celebración de los otros contratos de carácter meramente obligacional ofrecen las mismas posibilidades de menoscabo de los intereses de los socios cuando las partes son una empresa dominante y una sociedad dominada. Si, en el caso de uniones sin fundamento contractual, la solución puede radicar en el establecimiento de una especial responsabilidad, en los otros casos, si se quiere evitar que dichos contratos sirvan para burlar el sistema de garantías previsto para los contratos de empresa propios, es necesario configurar un contenido mínimo contractual y, para controlar el uso que de su poder haya hecho la empresa dominante, un proceso de impugnación en el cual se ventile la adecuación entre prestación y contraprestación.

Por ello, últimamente, se ha promovido, por los círculos interesados, una mayor protección de los accionistas externos, que, aunque exigida en principio para el caso de un contrato de arrendamiento, no es aventurado suponer que se extenderá en la discusión subsiguiente a los otros tipos contractuales previstos en el proyecto.

Estas medidas se limitan a la garantía de un dividendo por la empresa arrendataria —que asegure a los accionistas externos del influjo de ésta en la junta para evitar repartos como dividendo de la merced arrendaticia— y a la posibilidad de que los accionistas disidentes acudan a los tribunales para discutir la adecuación del canon arrendaticio por el mismo procedimiento previsto para discutir la adecuación de las garantías en otros contratos, en cuanto que el examen judicial de estos hechos no excede de las funciones del órgano jurisdiccional —quien puede juzgar del precio o merced en el contrato de arrendamiento de la misma manera que juzga del valor de la empresa en otros casos: transformación—; y, por último, a la adopción de las medidas necesarias para equilibrar la posición procesal —y económica— de las partes en el ejercicio judicial de sus derechos.

## LOS GRUPOS DE EMPRESAS FUNDADOS CONTRACTUALMENTE

(Continuación)

### § 4

#### PODER DE DIRECCION Y RESPONSABILIDAD EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS FUNDADOS CONTRACTUALMENTE

I.—INTRODUCCIÓN.—II. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES PRODUCIDAS POR LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE EMPRESA.—A. El poder directivo de la empresa dominante: 1. El ámbito del nuevo poder. 2. Los deberes correlativos de los órganos de la sociedad dominada.—B. La responsabilidad correlativa al poder de dirección: 1. La responsabilidad de la empresa dominante: a) La responsabilidad del empresario; b) La responsabilidad de los representantes legales de éste. 2. La responsabilidad de los órganos de la sociedad dominada.

1. La celebración de un contrato de empresa con virtualidad para constituir un grupo origina una serie de consecuencias en cuanto al poder directivo y su ejercicio, regulados por normas de derecho necesario, que atribuyen un estrechísimo ámbito para su conformación negocial por los interesados en el negocio.

El funcionamiento de los principios del derecho de sociedades cesa tan pronto como el contrato de agrupación se perfecciona y es eficaz. La formación de los contratos dirigidos a esta finalidad caen todavía en la esfera de actividad de la sociedad que se inserta en el grupo. La protección de los socios que no pertenecen al grupo se efectúa en este instante mediante técnicas que exclusivamente pertenecen al derecho de sociedades. Los órganos administrativos de las sociedades entre las cuales se efectúa el contrato son responsables de los perjuicios que, a consecuencia del mismo, se produzcan para la sociedad, los socios y los terceros, cuando concurren los presupuestos de los cuales el ordenamiento jurídico-societario hace depender dicha responsabilidad (1).

II. El contrato de dominación modifica sustancialmente la estructura orgánica de la sociedad dependiente (2).

(1) En la ordenación del Proyecto existen algunas desviaciones de estos principios generales. Pero la idea dominante sigue siendo la de proteger a los socios mediante la aplicación de la estructura orgánica tradicional de la sociedad anónima. Las desviaciones se explican en función de las garantías que se prevén una vez que está funcionando la unión de empresas. Para el planteamiento general, v. BALLERSTEDT, *Unternehmen von besonderer...*, cit., pág. 51.

(2) V. *Bej.*, § 297, pág. 227 y § 307, pág. 234, donde la exposición de motivos extrae las consecuencias que se deducen de estos hechos para regular la responsabilidad en el supuesto de que exista contrato de dominación. V., con anterioridad, lo que se dice acerca de la naturaleza orgánica —y no meramente obligatoria— de estos tipos contractuales. Para el planteamiento de las cuestiones de estructura orgánica, v. SCHMIDT, *Die Verfassung der Aktiengesellschaft*, en *Beiträge* cit., págs. 42 y ss.

El Consejo de Administración de la sociedad dependiente no decide ya, bajo su responsabilidad, el destino económico de su empresa, sino que su función queda limitada a una especie de control de la legitimidad de las instrucciones que le comunique la empresa dominante, ya que, por virtud del § 297, está obligado a acatarlas, sin que pueda negarse a ejecutarlas más que cuando se opongan de manera ostensible a la consecución de los intereses del grupo o de las empresas en el mismo incluídas (3). De manera análoga a la expuesta para el órgano administrativo, la misión del Consejo de vigilancia también se reduce a vigilar aquí en la esfera de competencia delimitada después del contrato. Mas, no sólo la posición del órgano administrativo y del Consejo de vigilancia —órganos de gestión de la sociedad— se alteran en los términos indicados, sino que, igualmente la celebración de un contrato de dominación modifica la posición de la junta de accionistas en la estructura orgánica de la sociedad dominada (4).

A. El poder de decisión se ha desplazado, pues, a la empresa dominante. Es ésta la que, mediante el ejercicio del poder de dirección —legalmente establecido y configurado negocialmente por el contrato, dentro de los límites permitidos por el ordenamiento jurídico—, asume la posición de órgano de la sociedad dominada. Se constituye, por lo tanto, una nueva estructura de competencias que se superpone a la existente en las sociedades dependientes, la cual sólo funciona en materias no comprendidas en el ámbito del contrato.

1. El órgano administrativo de la sociedad dominada no adopta independientemente las medidas que exijan la consecución del interés social. El poder directivo radica ahora en la empresa dominante, la cual, en su ejercicio, puede exigir a los órganos de las sociedades dependientes la ejecución de medidas que perjudiquen el interés de éstas. Este poder no es ilimitado, sino que, aunque sea un poder en blanco, está delimitado, mediante normas de derecho necesario (5), en su escalón superior. La empresa dominante no puede, sin incurrir en responsabilidad, imponer a la sociedad dependiente medidas que, perjudicando al interés de esta última, no estén inspiradas en el propio interés de la empresa dominante o en el interés de una empresa perteneciente al mismo grupo al que pertenece la sociedad perjudicada directamente § 297, (1). Se ha creado, por lo tanto, una unidad superior a la de las empresas agrupadas, cuyo interés predomina sobre los intereses particulares de estas últimas, ocupando el grado superior. Al mismo tiempo que se establece esta jerarquía vertical, se declara la solidaridad de los intereses de las empresas subordinadas a la dominante, puesto que la consecución del interés de una

(3) V. a este respecto § 297, y más adelante el desarrollo de esta idea.

(4) Así lo reconoce expresamente *Beg.*, pág. 234 (§ 307) al explicar la diferente responsabilidad por el ejercicio del poder de voto en la junta, según exista o no contrato de dominación. Sobre esta cuestión, v. lo que se dice acerca de las relaciones de responsabilidad en el grupo fáctico de empresas.

(5) Como aclara, *Beg.*, pág. 227.

de ellas justifica igualmente el perjuicio de cualquiera de los restantes miembros del grupo (6). Pero fuera de esta comunidad, el interés de cada empresa adquiere rango preferente, por lo cual no puede ser sacrificado al interés extrasocial de uno de sus socios (7), ni al interés de una empresa unida a la empresa dominante, pero no perteneciente al grupo.

Por otro lado, es natural que el contrato no atribuya a la empresa dominante la facultad de imponer a las empresas dependientes medidas que contradigan las normas prohibitivas del ordenamiento jurídico (8).

Estos límites no pueden ser superados por el contrato. Pero éste puede establecer una regulación que limite más las facultades de la empresa dominante (9), estableciendo, por ejemplo, que ésta no puede imponer medidas que perjudiquen el interés de la sociedad dependiente para favorecer el de otra empresa perteneciente al grupo que no sea la dominante. Con esta posibilidad quiere facilitarse la celebración de contratos de este tipo, y en los supuestos en que, para lograr el asentimiento necesario de algunos socios, pueda ser necesario establecer un poder directivo más limitado que el legalmente previsto para los casos normales (10).

El poder directivo de la empresa dominante se ejerce mediante instrucciones (*Weisungen*). El concepto de instrucción no se determina legalmente. Sólo se aclara por la fundamentación que el poder directivo de la empresa dominante no abarca tan sólo las cuestiones referentes a la gestión de los negocios sociales (*Geschäftsführung*), sino que comprende los asuntos que, según la estructura orgánica de la sociedad en sí misma considerada (11), caen en la competencia del órgano administrativo (12).

El destinatario de las instrucciones impartidas por la empresa dominante es el órgano administrativo de la sociedad dependiente. Queda, por lo tanto, excluida la comunicación de estas instrucciones a los empleados de la sociedad sometida al poder directivo creado con la celebración del correspondiente contrato de empresa. Sin embargo, dentro de la estructura orgánica de la sociedad dependiente puede crearse un deber de sus empleados cuyo contenido consista en acatar las instrucciones que inmediatamente les sean transmitidas por los órganos de la empresa dominante. El fundamento jurídico de este nuevo deber —y de su correlativo derecho— no se halla, pues, en el

(6) Sobre la cuestión, SCHÄFFER, *Selbstfinanzierung...*, cit., pág. 62.

(7) Los conflictos de intereses que pueden producirse en la estructura orgánica de la sociedad anónima a consecuencia de su pertenencia en un grupo de empresas se describen por MESSMÄCKER, *Verwaltung, Konzerngewalt...*, cit., págs. 240 y ss.

(8) *Beg.*, sub. § 293.

(9) Así se deduce de la dicción del § 293; *Beg.*, loc., cit.

(10) *Beg.*, sub. § 292, pág. 236.

(11) El § 70 *RegEnt* establece el ámbito de la competencia orgánica del órgano administrativo.

(12) Así *Beg.*, pág. 227.

contrato celebrado, sino en el mandato emanado del órgano administrativo de la sociedad agrupada con carácter dependiente (13).

2. El contenido de los deberes de los órganos de la sociedad dominada experimenta una honda transformación, sobre todo por lo que se refiere a los órganos de gestión.

Su poder de gestión permanece inalterado en el ámbito no comprendido por el poder de dirección que adquiere la empresa dominante. En este aspecto, el órgano administrativo continúa en la misma posición que tenía antes de celebrarse el contrato y, por lo tanto, responde de la infracción de sus deberes en las mismas condiciones que el órgano administrativo de una sociedad independiente (14).

Pero en el ámbito cubierto por el poder de dirección adquirido por la empresa dominante, desaparece su posición independiente, y, correlativamente a aquella facultad, nace un nuevo deber, cuyo contenido es el de acatar las instrucciones que le transmita la empresa dominante (15).

Frente a la posición adquirida por la empresa dominante, se prevén por el proyecto las correspondientes modificaciones en la estructura de la sociedad dependiente.

El órgano administrativo está obligado al acatamiento de las instrucciones impartidas por la empresa dominante (*Folgepflicht*). El contenido de su posición de órgano se concretiza en éste de cumplir las instrucciones de la empresa dominante. Su independencia, cuando existe el contrato, queda tan disminuida frente al incisivo poder directivo perteneciente a la empresa dominante que no puede negarse a cumplir las instrucciones recibidas porque, según su opinión, no sirvan ni al interés de la empresa dominante ni al interés de alguna de las empresas pertenecientes al grupo. Su posición en el grupo le impide apreciar debidamente el interés cuya promoción es más conveniente para el engrandecimiento económico de la unidad superior en la cual está insertado.

Sólo cuando, de manera abierta y clara, las medidas no sirvan estos intereses, el órgano administrativo está facultado para negarse a cumplir las instrucciones recibidas de la empresa dominante —§ 297 (2)—.

Además, en su función de órgano de la sociedad dependiente tiene que cuidar de que el cumplimiento del contrato celebrado entre su sociedad y la dominante se cumpla fielmente, por lo cual, en este aspecto, puede negarse a cumplir medidas procedentes de la empresa dominante, si no están comprendidas en el ámbito delimitado contractualmente (16).

Por otro lado, los estatutos sociales de la sociedad dependiente quedan formalmente inalterados por la celebración del contrato, por

(13) V. *Bej.*, pág. 227, al § 207.

(14) WÜRDINGER, *Aktienrecht...*, cit., pág. 209.

(15) WÜRDINGER, *ob. y loc.*, cit.

(16) Así *Bej.*, pág. 227.

lo cual, si en ellos se ha previsto la necesidad de que el consejo de vigilancia preste su asentimiento (*Zustimmung*) para la celebración de ciertos negocios, éste continúa siendo necesario después de la constitución contractual del grupo de empresas. Pero, para poner de acuerdo los estatutos sociales con el amplio poder directivo de que goce la empresa dominante, se impone al consejo de vigilancia el deber de prestar su consentimiento en las mismas condiciones en que al Consejo de Administración está obligado a acatar las instrucciones recibidas —§ 297, 3)— (17).

B. La armonización entre el amplio poder directivo con el cual se dota a la empresa dominante cuando existe un contrato de dominación, se regula por los §§ 298 y 289 la correspondiente responsabilidad en que incurren la empresa dominante y la sociedad dominada. La responsabilidad prevista no puede configurarse negocialmente (18) de manera correspondiente a lo que ocurre con el poder directivo del cual es consecuencia.

La responsabilidad rigurosa de la empresa dominante se justifica porque, en contrapartida, el legislador permite, con el reconocimiento de la unidad económica de la empresa (*wirtschaftliche Unternehmens-einheit*), el quebrantamiento de algunos de los principios que rigen el tipo social de la sociedad por acciones (19).

1. En cuanto a la responsabilidad de la empresa dominante es necesario distinguir entre la responsabilidad del empresario —individual o social— propiamente dicha y la responsabilidad de los representantes legales de la empresa dominante.

a) La responsabilidad del empresario no es considerada directamente por el proyecto. Su regulación queda abandonada al juego de los principios generales, basados en el contrato (20).

Sólo cuando la empresa dominante es un empresario individual, la responsabilidad recae directamente sobre su titular, equiparado en este aspecto a los representantes legales de un empresario social.

b) Según el § 298 los representantes legales de la empresa dominante responden solidariamente si en la impartición de sus instrucciones infringen su deber de observar la diligencia de un ordenado y escrupuloso director de negocio.

a') Esta responsabilidad sustituye a la responsabilidad del Consejo de Administración de la sociedad dependiente, que, como se ha dicho, deja de actuar de manera autónoma dentro del ámbito cubierto por el poder directivo que el contrato de dominación atribuye a la empresa

(17) *Beg.*, pág. 229.

(18) *Beg.*, pág. 227, sub: § 293.

(19) Así *Schutzv. f. Wirtsh.*, cit., Klose, pág. 89. La regulación adecuada de poder directivo y responsabilidad es incluíble para proteger a los socios minoritarios, porque el fenómeno económico de la unión de empresas produce situaciones de las cuales puede derivarse fácilmente una contraposición entre los intereses de la mayoría y de la minoría: *Denkschrift* BPB, pág. 51. V. supra.

(20) *Beg.*, loc., cit.

dominante (21). En este sentido se justifica que tal responsabilidad no pueda ser objeto de modificación contractual condicionándola. Al ámbito cubierto por el poder directivo corresponde la responsabilidad de la empresa dominante y cesa la del órgano administrativo de la sociedad dominada (22).

El sujeto que responde son los representantes legales de la empresa dominante o, en el caso de que sea un empresario individual, directamente el mismo titular, que es quien asume las consecuencias del ejercicio de la actividad en su patrimonio. Los representantes de la empresa dominante son los miembros del Consejo de Administración cuando aquélla es una sociedad por acciones o los socios con poder de representación de una sociedad colectiva (23). El tratamiento unitario de todos los representantes de la empresa dominante ha sido criticado (24), porque no tiene presente las diferentes situaciones en que, por consecuencia de la organización de la forma de sociedad, pueden encontrarse aquéllos. Cuando los representantes legales actúan vinculados a las instrucciones de los socios no debían de incurrir en responsabilidad personal, porque su decisión no les es imputable a ellos, sino a otra persona —el empresario—, que, conforme a los principios comunes, ya es responsable.

El sujeto frente a quien responden los representantes legales de la empresa dominante es la sociedad dependiente —§ 298, (2)—. Su patrimonio experimenta directamente los perjuicios originados por la ejecución de las instrucciones impartidas por la empresa dominante.

Pero legitimados para el ejercicio del derecho al resarcimiento que corresponde a la sociedad están, no sólo sus órganos representativos, sino, además, los socios y los acreedores sociales.

Cualquier accionista está legitimado para exigir, en nombre de su sociedad, la indemnización debida —§ 289, (4)—. No se determinan las condiciones en que el socio puede ejercitar este derecho. Lo único que se excluye es que el socio obtenga la indemnización directamente de la empresa dominante. En la atribución de esta legitimación no se exige que el socio reclamante posea un determinante porcentaje del capital social. No es de temer, sin embargo, que se produzcan abusos, ya que el socio que ejercita la acción soporta el riesgo de una posible condena en costas (25).

Además, los acreedores de la sociedad dominada pueden exi-

(21) *Beg.*, pág. 227, sub. § 293.

(22) Es preciso regular la responsabilidad de quien, mediante la celebración de un contrato que le faculta para impartir instrucciones al servicio de un interés trascendente al de la sociedad afectada por ellas, adquiere un poder de dirección, que, al no derivarse directamente de la posesión de acciones, no está compensado ni limitado con la responsabilidad derivada de los principios inspiradores del derecho de acciones: PLEYER, *Aktienrecht...*, cit., págs. 8 y ss.

(23) Así *Beg.*, pág. 227.

(24) V. *Konzernrechtliche Stellungnahme*, pág. 39.

(25) *Beg.*, § 293, pág. 228.

gir a la empresa dominante la indemnización a que tiene derecho la sociedad dominada, si no pueden obtener de ésta la satisfacción de sus créditos.

Por último, si la sociedad dominada está sometida a un procedimiento de ejecución concursal, la legitimación que, durante su desarrollo, corresponde al administrador del concurso excluye la de los socios y la de los acreedores sociales para hacer valer la acción social de resarcimiento.

El mismo precepto se ocupa de la extinción del derecho al resarcimiento que corresponde a la sociedad dominada.

En cuanto a la extinción por negocio jurídico, establece que la sociedad no puede renunciar o transigir a la pretensión de resarcimiento más que después de transcurridos tres años del nacimiento de la misma. Para ello es necesario un acuerdo especial de los accionistas extraños al grupo al cual no se haya opuesto, haciéndolo constar así en el acta, una minoría que alcance la décima parte del capital correspondiente a los socios participantes en el acuerdo (26).

Excepcionalmente, la sociedad puede transigir acerca de su pretensión al resarcimiento cuando la empresa dominante, obligaba al mismo, es insolvente (*Zahlungsunfähig*) y ha concertado un convenio con los acreedores para evitar o eliminar el procedimiento concursal. § 298, (3), 1, f.

En cuanto a la extinción por transcurso del tiempo, las pretensiones estudiadas prescriben por el transcurso de cinco años (27).

b') La configuración de esta responsabilidad se realiza siguiendo lo establecido para la responsabilidad de los administradores de la sociedad, cuyas facultades de dirección ejercen en el ámbito delimitado por el contrato (28).

(26) Por KOPPENEERG, *Der Schutz...*, cit., pág. 401, se ha hecho notar las consecuencias que tiene la computación de la mayoría con referencia al capital social o al que toma parte en la adopción del acuerdo.

(27) Este es uno de los puntos —de carácter secundario— en que se ha manifestado la discrepancia de la *Bergänzende Stellungnahme* —página 35— con las normas proyectadas. El momento que determina el transcurso del plazo de cinco años de prescripción presenta dificultades para su aplicación, sobre todo en el plano probatorio. Pues, dada la duración —normalmente dilatada— de los contratos de empresa, puede fácilmente ocurrir que la oportunidad de ejercer la pretensión de indemnización ocurra en un instante temporal muy distante del en que se produjo el hecho causante, cuando hayan transcurrido los plazos prescritos por el IIGB para la conservación de los documentos contables de la empresa, cuando las personas que intervinieron en la producción de los hechos pretendidamente dañosos no pertenezcan a la empresa demandada o incluso cuando hayan muerto, cuando las circunstancias económicas hayan cambiado de manera tan radical que el adecuado enjuiciamiento retrospectivo del hecho sometido a la decisión judicial no pueda ya esperarse razonablemente.

(28) Así *Beg.*, sub. § 298 invoca expresamente esta posición de analogía para justificar algunas particularidades de la regulación. La responsabilidad de los administradores se regula por los proyectos de reforma siguiendo las directrices establecidas por el AktGes de 1937: v. *Beg.*, págs. 131-132.



La responsabilidad en que incurren los representantes legales de la empresa dominante es de carácter solidario.

El elemento objetivo determinante de la responsabilidad estudiada lo constituye la infracción de los límites impuestos al poder directivo por el § 292 (29).

El elemento subjetivo de la infracción consiste en no haber observado al impartir sus instrucciones al órgano administrativo la diligencia de un ordenado y escrupuloso director de negocio —§ 298, (3)—. Es, por lo tanto, un caso de responsabilidad por culpa. Para exonerarse de la responsabilidad por los perjuicios causados a la sociedad por sus instrucciones, tienen que probar que han observado en la adopción de la medida impuesta el cuidado de un ordenado y escrupuloso gerente —§ 298, (3)—.

Por último, en cuanto a las consecuencias, tienen que indemnizar a la sociedad los daños causados por sus medidas.

2. Las consecuencias perjudiciales que pueden originar las medidas impartidas por la empresa dominante fuera del marco delimitado por el contrato, la sociedad dominada es resarcida no sólo por los representantes legales de la empresa dominante, sino, además, por los miembros de los órganos de gestión de la sociedad dominada que, con aquellos otros, responden solidariamente. A la determinación de esta nueva responsabilidad se dedica el § 299, cuyas particularidades y sentido se exponen a continuación.

Los miembros de los órganos de la sociedad dominada responden por la infracción de sus deberes en el desarrollo de las funciones que les corresponden después de la celebración del contrato de dominación.

El deber de resarcimiento no se excluye aun cuando el acto dañoso haya sido aprobado por el consejo de vigilancia —§ 299, (3)—.

El deber de resarcimiento de los miembros del órgano directivo de la sociedad obligada no existe cuando la acción perjudicial descansa en una instrucción que, conforme al ámbito delimitado legal y contractualmente para el poder directivo de la sociedad superior, tenían aquéllos que acatar obligatoriamente —§ 299, (3)—.

La extinción de las pretensiones de resarcimiento contra los miembros de los órganos de la sociedad obligada se rigen según lo dispuesto para la responsabilidad de la empresa dominante.

---

(29) V. *supra* sobre esta cuestión, al tratar del ámbito del poder directivo conferido a la empresa dominante.

## SOCIEDADES INCORPORADAS

I. LA CARACTERIZACIÓN Y SIGNIFICADO DE LA INCORPORACIÓN.—II. EL PROCEDIMIENTO DE INCORPORACIÓN.—A. Los presupuestos del negocio: 1. El carácter de la sociedad que va a ser incorporada. 2. Los requisitos de la sociedad que se convierte en principal por la incorporación.—B. El proceso de incorporación: 1. El aspecto negocial: a) Acuerdo de la sociedad que se convierte en incorporada; a') Acto formal; b') Sociedad cuyas acciones no pertenecen en su totalidad a la sociedad incorporante; b) El acuerdo de la sociedad que se convierte en principal. 2. La inscripción en el registro: a) El órgano encargado de pedir la inscripción; b) Los efectos de la inscripción.—C. Los efectos: 1. El poder directivo de la sociedad principal. 2. La responsabilidad de esta sociedad. 3. La responsabilidad frente a los acreedores de la sociedad principal. 4. La enumeración de las garantías. 5. La transmisión *ope legis* de las acciones no poseídas por la principal.—D. La terminación de esta situación: 1. Las causas. 2. La publicidad. 3. Los efectos.

I. Recogiendo en parte las críticas al Ref.Ent de FLUME (1) y de RAUTMANN (2), introduce el Reg.Ent la noción de las “*eingegliederte Gesellschaften*” (3.<sup>a</sup> parte: §§ 308 y ss. Reg.Ent), desconocida, no sólo por el AktGes de 1937, sino igualmente por el anterior proyecto (3).

Tanto las críticas dirigidas al Ent I (4) como el proyecto actual están de acuerdo en que, cuando una sociedad posee todas las acciones de otra sociedad, es innecesario la celebración de un contrato de empresa mediante el cual se aseguren los intereses de los socios externos al grupo, por la sencilla razón de que éstos no existen. La situación descrita permite prescindir de toda la complicada regulación que se prevé para su protección en otros casos.

Por otro lado, la necesidad de proteger los intereses de los acreedores puede realizarse de una manera más sencilla, ya que es suficiente

(1) FLUME, *Referententwurf...*, cit., pág. 24.

(2) RAUTMANN, *Probleme...*, cit., págs. 184 y ss.

(3) Cfrs. la nota introductoria a la motivación de estos preceptos en Ent. II, pág. 234; v. igualmente RASCH, *Richtige und falsche Wege...*, cit., pág. 46; *Konzernrechtliche Stellungnahme*, pág. 23.

(4) En esta hipótesis ya señalaba la *Denkschrift BPB*, pág. 50, que no era necesaria la ponderación de los intereses de la mayoría y de la minoría. V. *Beg., Vorb.* a la tercera parte, págs. 234-35:

imponer a la empresa dominante la responsabilidad conjunta (*Mithaftung*) de carácter solidario por las obligaciones de la sociedad.

El negocio de incorporación tiene carácter jurídico social, puesto que, por las características de la situación creada, sobrepasa la unión existente entre la empresa dominante y la sociedad por acciones dependiente cuando se ha celebrado un contrato de dominación, para aproximarse al negocio de fusión entre sociedades, del cual, sin embargo, se diferencia porque la incorporación no destruye la personalidad jurídica de ninguna de las sociedades que han celebrado el negocio.

Esta nueva institución ha sido acogida favorablemente hasta el extremo de atribuir a su inclusión en el Reg.Ent. el mejoramiento general que, con relación al Ref.Ent, es visible en el último proyecto del Gobierno federal (5). Al mismo tiempo que se protegen adecuadamente los intereses dignos de protección en la situación descrita, la unión así creada no posee la rigidez de una fusión, por lo cual la seguridad jurídica se obtiene sin el fortalecimiento excesivo de las concentraciones capitalistas.

Las características del negocio de incorporación aparecen con mayor claridad cuando la sociedad principal no posee la totalidad de las acciones de la sociedad incorporada, sino un porcentaje considerable de la misma, que, según el proyecto, tiene que alcanzar el 95 % del capital social (6), porque la protección de los accionistas no participantes de la sociedad que es socio mayoritario se realiza de una manera semejante a la prevista para el caso de fusión de sociedades (7).

De todas las maneras, el supuesto regulado orgánicamente por el Reg.Ent es el de la incorporación de una sociedad cuyas acciones son poseídas en su totalidad por otra que se convierte en sociedad principal. La insuficiencia de la regulación del caso especial en que la sociedad principal posee sólo el 95 % de las acciones de otra se manifiesta, más que en la celebración del negocio de incorporación, en el momento en que termina ésta. Ni las causas especiales de terminación en este caso (8), ni las consecuencias que produce tal hecho sobre los accionistas a quienes se entregaron acciones de la sociedad principal son objeto de particular normación en el proyecto.

II. A continuación se examina el procedimiento mediante el cual se crea la unión institucional (9) de incorporación entre dos sociedades por acciones.

(5) Así *Konzernrechtliche Stellungnahme*, pág. 23. V., sin embargo, las objeciones de RASCH, *Richtige u. falsche...*, pág. 47 basadas en la falta de adecuada publicidad de la situación creada con la incorporación.

(6) Sobre la manera de computarse este porcentaje, v. más adelante.

(7) *Bcg.*, § 309, pág. 235.

(8) V. más adelante al tratar de la extinción de la situación que crea entre las dos sociedades la incorporación.

(9) Así calificada expresamente por SEMLER, *Die verbundene Unternehmen...*, cit., pág. 484. También FLUME —a quien, como se indica antes, se debe la introducción de esta nueva situación— la califica de esta manera, al hacer una clasificación de las clases de uniones de empresas.

A. Los presupuestos del negocio de incorporación (*Ein-gliederung*) se establecen por el § 308.

1. Aunque no se diga de manera expresa, la sociedad que va a ser incorporada (*einzugliedernde Gesellschaft*) tiene que ser una sociedad por acciones. El Reg.Ent se refiere a la regulación de este tipo social y en todos estos negocios de concentración se presupone la intervención como parte de una sociedad por acciones, cuyos intereses —y los de sus accionistas— hay que tutelar dentro del grupo que el negocio integra o contribuye a integrar.

2. Los presupuestos que han merecido la atención del legislador son los referentes a la sociedad que, como consecuencia de la incorporación, va a convertirse en sociedad principal (*zukünftige Hauptgesellschaft*).

a) Sólo las sociedades por acciones pueden convertirse en sociedad principal por la incorporación de otra sociedad, pues únicamente aquel tipo ofrece las garantías que aseguran la tutela de los intereses de los acreedores (10).

b) También para garantizar los intereses de los acreedores (11) se exige que la sociedad tenga su domicilio en territorio sometido a la soberanía alemana.

c) La sociedad principal tiene que ser titular directo de la totalidad —o al menos del 95 % (12)— de las acciones de la sociedad que va a incorporarse (13). En este sentido se interpreta por la fundamentación del Reg.Ent la exigencia de que “todas las acciones de la sociedad se encuentren en la mano de la futura sociedad principal”. De manera que no se cumple este presupuesto cuando una sociedad posee por mediación de sociedades filiales el 100 % del capital, en cuanto que este supuesto no atribuye a la sociedad madre la titularidad del derecho de propiedad sobre las acciones (14).

Para el caso de que la futura sociedad principal no posea la titularidad de todas las acciones, sino tan sólo las que representan el 95 % del capital social, éste no se computa por la totalidad del nominal expresado en los estatutos, sino que de esa cifra hay que descontar la que representan las acciones poseídas por la misma sociedad y aquellas

(10) Es la justificación de *Beg.*, pág. 235.

(11) *V. Beg.*, loc., cit.

(12) En este supuesto varían algunos detalles del régimen aplicable a la incorporación en la manera que se expone más adelante en el texto.

(13) *Beg.*, § 308, pág. 225.

(14) Esta restricción ha sido criticada, porque, en un plano sustancial, no hay ninguna duda de que la posesión de las acciones por una sociedad filial permite disponer de ellas en la misma medida que si la sociedad principal fuera su propietaria. Esta, en definitiva, podría hacerse ceder dichas acciones, lo cual no significa más que un aumento de los gastos fiscales a consecuencia de esta cesión para lograr la meta de la incorporación. Por ello se ha propuesto últimamente, por *Konzernrechtliche Stellungnahme*, págs. 24 y ss., que la posesión mediata de las acciones debe ser suficiente cuando la sociedad dependiente cumpla los presupuestos para ser incorporada a la sociedad principal —es decir, que ésta posea el 95 por 100 de las acciones de aquélla.

otras adquiridas por un tercero por cuenta de la sociedad y a las cuales no corresponde ningún derecho social —§ 309, (1)—.

B. El proceso de incorporación puede descomponerse en dos fases, de las cuales la primera posee carácter negocial, mientras que la segunda constituye la publicación de la primera.

1. El aspecto negocial del procedimiento se concreta en los acuerdos que han de tomar las juntas generales de ambas sociedades. La iniciativa corresponde formalmente a la sociedad que va a ser incorporada, cuya junta general toma un acuerdo en este sentido. La eficacia de este acuerdo depende del asentimiento (*Zustimmung*) manifestado mediante un acuerdo semejante tomado por la junta general de la sociedad que va a convertirse en principal.

a) El acuerdo tomado por la sociedad que va a transformarse en incorporada exige diversos presupuestos, según que la otra parte sea o no titular de todas sus acciones.

a') El acuerdo de la junta general de la sociedad que ha de incorporarse constituye un acto formal (*Formalakt*), en cuanto que el titular de todas sus acciones es la sociedad que luego es principal (15). Basta un acuerdo tomado con la mayoría prescrita con carácter general, sin que, por expresa disposición del § 308, (1) i. f., hayan de observarse las disposiciones legales o estatutarias previstas para la modificación de los estatutos (16).

b) Mas cuando el acuerdo tiene que tomarse por una sociedad cuyas acciones no pertenecen en su totalidad a la futura sociedad principal, es preciso regular de una manera detallada las particularidades del acuerdo.

De un modo especial se cuida el proyecto de asegurar el conocimiento de los socios, no sólo en cuanto a la convocatoria de la junta en que va a decidirse la incorporación, sino, además, durante la celebración de la junta.

Para evitar que los socios continúen en la pasividad a que les inclina su exigua participación en la sociedad, la convocatoria ha de contener un conjunto de datos sobre el acuerdo a discutir a fin de que los socios tomen las medidas más oportunas para proteger sus intereses en la sociedad que va a ser incorporada. Así —dice el § 309, (2)— la publicación de la incorporación en el orden del día se considera regular cuando contiene la firma y domicilio de la futura sociedad principal y, además, se añada una declaración de esta última en la cual se ofrezca a los accionistas como compensación a sus derechos acciones propias, o, en su caso (17), una compensación en metálico. Con estos

(15) *Bey.*, pág. 236. Según se hace notar expresamente es ésta una solución que coincide con la prevista para otros casos: v., por ejemplo, § 19 sobre el deber de comunicar la adquisición de acciones en ciertas circunstancias a la sociedad emitente de las mismas.

(16) Esta misma disposición alcanza más importancia cuando se regula el acuerdo de la junta general de la sociedad que va a convertirse en principal: v. más adelante.

(17) V. más adelante estos supuestos.

datos el accionista de la sociedad que va a incorporarse conoce las características de la sociedad en la cual participará como consecuencia de la incorporación en ella de su sociedad originaria y decide, lo más pronto posible, su actitud frente a la compensación ofrecida por la pérdida de sus derechos de socio (18).

La información de los accionistas se asegura extendiendo su derecho de información en la junta que delibera sobre la incorporación a todas las circunstancias esenciales relacionadas con el negocio proyectado. Todo accionista, cualquiera que sea su participación, tiene derecho a obtener esta información (19).

A la adopción del acuerdo no se aplican los preceptos legales y estatutarios que rigen la modificación de los estatutos. Mas los estatutos pueden establecer requisitos análogos a los previstos legalmente para las modificaciones estatutarias.

Adaptando las normas previstas para la celebración de un contrato de dominación, se determina —§ 309, (6)— que el acuerdo por el cual una sociedad decide su incorporación a otra no puede impugnarse judicialmente basándose en que el acuerdo atribuya ventajas, con detrimento de los intereses sociales, a un tercero o a socios individuales, ni en que la compensación ofrecida no es adecuada. Para estos casos el indicado es el procedimiento de jurisdicción voluntaria previsto para los casos en los cuales se ha celebrado un contrato de aquel tipo (20).

Igualmente queda excluida la impugnación cuando la sociedad principal no ha ofrecido a los socios extraños una compensación (*Abfindung*), o no la ha ofrecido de manera regular.

Para proponer esta pretensión está legitimado cualquier accionista que poseyera acciones de la sociedad incorporada y que, a consecuencia de la incorporación, haya sido separado de la misma. La pretensión tiene que hacerse valer en el plazo de dos meses contados a partir del día en que se considera publicada en el registro mercantil la incorporación. El procedimiento indicado por ello es el regulado por el § 295.

b) El acuerdo de la junta por el cual una sociedad accede a convertirse en sociedad principal de otra que se le incorpora requiere una mayoría que represente las tres cuartas partes del capital social participante en la junta.

Aunque no se aplican los preceptos legales y estatutarios previstos para la modificación de los estatutos, éstos pueden prever mayorías reforzadas y otros requisitos especiales para tomar un acuerdo que implique la incorporación de otra sociedad.

Todo socio tiene derecho a exigir durante la celebración de la junta que decide sobre la incorporación que se le informe sobre todas las

(18) *Beg.*, pág. 236.

(19) Igual que el accionista de la sociedad incorporante: v. más adelante.

(20) V. con anterioridad el régimen y significado de este procedimiento.

circunstancias esenciales relacionadas con la sociedad que va a incorporarse (21).

2. El proceso de incorporación termina con la inscripción de la incorporación en el registro mercantil del domicilio de la sociedad incorporada. La inscripción —como en el caso de los demás contratos de empresa— tiene carácter constitutivo. Con ello se ofrece a todos los interesados la posibilidad de saber que la dirección de la sociedad incorporada no pertenece, en realidad, a sus órganos, sino a una instancia superior, la cual responde del cumplimiento de sus obligaciones (22), por virtud de la responsabilidad conjunta (*Mithaftung*) que se instaura a partir del momento en que se celebra el negocio de incorporación.

a) El órgano administrativo de la sociedad incorporada tiene que solicitar la inscripción en el registro mercantil, indicando la denominación de la sociedad principal y declarando que el acuerdo de la junta general no ha sido impugnado dentro del plazo concedido para ello o que, habiendo sido impugnado, la pretensión impugnatoria ha sido desestimada por sentencia firme. A la solicitud tienen que acompañar las actas que documentan los acuerdos de las juntas y los demás documentos anexos, en documento fehaciente o en copia públicamente legalizada —§ 308, 3)—.

La publicidad para la sociedad principal no es cuestión que se trate en el Reg.Fnt. Sin embargo, esta publicidad puede ser tan importante como la exigida para la sociedad incorporada, puesto que lo exige la protección del interés de socios futuros y acreedores a conocer que la sociedad cuyas acciones adquieren o con la que contratan responde de las obligaciones de una sociedad incorporada.

b) Además del efecto constitutivo, la inscripción en el registro produce un efecto peculiar cuando la sociedad principal no poseía todas las acciones de la sociedad incorporada: la transmisión de los derechos de socio a la sociedad principal (23).

c) Los efectos constantes que caracterizan este negocio consisten, por un lado, en la atribución a la sociedad principal de un poder cuyo objeto es la gestión de la unidad económica constituida por el negocio de incorporación y en la correlativa responsabilidad que se impone a los titulares de dicho poder. Al estudio del ámbito de este último y de la estructura y características de la responsabilidad consiguiente se dedican los apartados que siguen.

1. El poder directivo que adquiere la sociedad dominante es, en el caso de incorporación, más amplio (24) que el que la hubiera atribuido la celebración de un contrato de dominación (25),

(21) Este derecho de información perdura durante la situación de incorporación creada en este momento.

(22) *Beg.*, § 308, pág. 235.

(23) Más adelante se explica el mecanismo y significado de esta transmisión.

(24) Así *Beg.*, § 311, pág. 236.

puesto que, según el § 311, está legitimada para impartir instrucciones al órgano administrativo de la sociedad incorporada que no corresponden ni al interés de la sociedad dominante ni al interés del grupo considerado como conjunto. Por lo tanto, en los grupos de empresas así creados la sociedad dirigente puede ejercer un poder cuyo ámbito se halla limitado tan sólo por el interés de la empresa dominante, bien directamente, bien indirectamente a través del interés de una de las empresas agrupadas. La justificación de tal amplitud radica en que los perjuicios irrogados a las sociedades incorporadas no repercuten ni sobre accionistas externos de éstos —porque no existen— ni sobre los acreedores, que están protegidos por la corresponsabilidad de la sociedad incorporante (26).

De la misma manera que en el supuesto de haberse celebrado un contrato de dominación, las prestaciones que, en virtud de la incorporación, realice la sociedad incorporada a la sociedad principal no se consideran como infracciones de los §§ 54, 55 y 57.

Correlativamente a este poder directivo de los órganos de la sociedad dominante —y para que su ejercicio sea efectivo—, corresponde un deber de acatamiento de los órganos de gestión de la sociedad incorporada, esto es, del órgano administrativo, y —en caso de que fuera necesaria su aprobación— del consejo de vigilancia. Este deber de acatamiento es, por la adaptación de las normas establecidas para el contrato de dominación, tan comprensivo como el poder directivo que confiere la incorporación (27).

2. También mediante remisión a lo establecido para el contrato de dominación se regula la responsabilidad de los representantes legales de la sociedad dominante (28) y la de los miembros del órgano administrativo de la sociedad incorporada (29).

De la aplicación correspondiente de las normas contenidas resulta que no es necesario ningún informe sobre las relaciones de dependencia referente a la sociedad incorporada (30).

3. Inexistentes los intereses de accionistas externos, el núcleo del régimen de la incorporación radica en la garantía de los acreedores mediante el especial sistema de responsabilidad de la sociedad principal que se estructura por el Reg.Ent para este caso.

(25) Cífrs. anteriormente la extensión del poder directivo de que es titular una empresa dominante que ha celebrado con una sociedad por acciones un contrato de dominación.

(26) SEMLER, *Die verbundenen Unternehmen...*, cit., pág. 487.

(27) En este sentido, *Bey.*, § 311, pág. 236.

(28) La sociedad dominante misma está excluida de esta responsabilidad, porque la empresa dominante en el caso de contrato de dominación no responde más que cuando es una empresa individual, supuesto que aquí está excluido porque la situación de incorporación se da entre dos sociedades por acciones.

(29) La fusión patrimonial que se opera entre sociedad principal y sociedad incorporada hace difícil concebir el ámbito dentro del cual los órganos de la sociedad incorporada continúa ejerciendo independientemente sus funciones.

(30) Así, expresamente, *Bey.*, sub. § 311, pág. 326.



Según el § 310, a partir de la incorporación (31) la sociedad principal responde, frente a los acreedores (32) de la sociedad incorporada, tanto de las deudas contraídas con anterioridad (33) a esta situación, como de las contraídas durante la vigencia de la misma (34). La responsabilidad establecida es de carácter solidario. El acreedor, pues, puede dirigir su pretensión contra cualquiera de las dos sociedades que se encuentran en la situación indicada.

La convención contraria en el negocio de incorporación es ineficaz frente a los terceros —§ 310, 1), i.f. (35)—. Por lo tanto, los acreedores podrán exigir, en todo caso, el importe de sus deudas a cualquiera de las sociedades, con independencia de las convenciones internas entre ambas acerca de la incidencia final de las deudas frente a extraños, salvo que el acreedor haya convenido con las sociedades o con una de ellas que sólo exigirá su crédito de la responsable directa.

La regulación de esta responsabilidad sigue los principios establecidos legalmente en los §§ 128 y 129 H G B para la responsabilidad por las deudas sociales de los socios de una sociedad colectiva. Si la sociedad principal es demandada para responder de una deuda de la sociedad incorporada, las excepciones (*Einwendungen*) que no se funden en su persona sólo pueden oponerse al acreedor demandante cuando hubieran podido ser opuestas por la sociedad incorporada. La sociedad principal puede negarse a satisfacer al acreedor demandante mientras la sociedad incorporada sea titular de un poder para impugnar el negocio que dio origen a la deuda reclamada. La sociedad principal puede igualmente negarse a satisfacer las reclamaciones dirigidas contra ella mientras los acreedores puedan satisfacerse mediante la compensación de su crédito con un crédito vencido de la sociedad incorporada.

La ejecución forzosa, derivada de un título ejecutivo contra la sociedad incorporada, no tiene lugar contra la sociedad principal (36). Es decir, la cláusula ejecutiva del documento en virtud del cual se

(31) *Bey.*, § 310.

(32) O frente a los mismos socios en virtud de un derecho que tiene su fundamento en una relación extrasocial. Para la distinción entre los derechos de los socios que tienen su fundamento en la relación social y los primeramente mencionados, v. GESSLER, en *Kommentar zum HGB*, I, págs. 678 y ss.; WEIPERT, en *RGR Komm. z. HGB*, II (Berlín, 1950), págs. 269 y ss.

(33) Para la responsabilidad del nuevo socio por deudas anteriores a su ingreso en una sociedad colectiva, v. los comentarios al § 130 HGB.

(34) La responsabilidad se extiende, según los principios de la sociedad colectiva, a los derechos de origen contractual o extracontractual: GESSLER, *ob.*, cit., pág. 677.

(35) Se mantiene el mismo tenor literal que en el § 129 (2) HGB, a pesar de que los comentaristas no consideran muy feliz la expresión utilizada por dicho código. Más bien se trata de saber a quiénes afecta el contenido de un pacto contrario a la norma legal; v. GESSLER, *ob.*, cit., pág. 683 (36). Coincide con lo dispuesto por el § 129 (4) HGB: v. GESSLER, *ob.*, cit., pág. 687; WEIPERT, *ob.*, cit., II, pág. 270.

(37) *Cirs. Bey.*, § 312, págs. 236-37 y § 310, *ibid.*

insta la ejecución tiene que estar expresamente dirigida contra la sociedad demandada.

4. A pesar del poder directivo tan amplio que posee la sociedad dominante sobre la sociedad incorporada, el establecimiento de la responsabilidad solidaria del § 310 permite simplificar considerablemente el régimen de las garantías que se prevén para el caso de que se hubiera celebrado un contrato de dominación (37).

a) Como resultado de estas consideraciones, cesan de aplicarse las disposiciones legales sobre la constitución, la dotación anual y la aplicación de la reserva legal en la sociedad incorporada —§ 312, (1)—. Los intereses ordinariamente protegidos por el deber de constituir la reserva legal se encuentran ya protegidos por otros medios. La responsabilidad conjunta de la sociedad principal es suficiente para la tutela de los acreedores de la sociedad incorporada (38). La libertad para manejar esta reserva se extiende a la reserva legal constituida con anterioridad a la constitución de la incorporación, de suerte que esta reserva puede disolverse en los mismos términos en que puede disolverse una reserva voluntaria, incluso cuando se destine su importe a la sociedad principal como beneficio del ejercicio. Esta libertad no cesa más que cuando existe una cláusula estatutaria en sentido contrario (39).

b) Tampoco se aplican las garantías previstas por los §§ 282-285 y los §§ 287-292 cuando la sociedad principal y la sociedad incorporada celebran un contrato de comunidad de beneficios o un contrato de cesión parcial de beneficios. La celebración del contrato, su modificación y su disolución necesitan la forma escrita. El beneficio que, como máximo, puede cederse es el beneficio que hubiera arrojado el balance anual de no haber existido el contrato de cesión parcial de beneficios. Como esta dispensa de garantías está fundada en la existencia de la situación de incorporación, la duración del contrato celebrado durante la misma está vinculada a ella. Por ello, los contratos antes indicados terminan lo más tarde al final del ejercicio anual en que termina la incorporación —§ 312, (2), i.f.—.

En realidad, la exigencia de que en esta situación las dos sociedades celebren un contrato de cesión de beneficios tiene una finalidad aseguradora de los intereses pertenecientes a terceros, quienes con este procedimiento conocen de antemano que la sociedad principal puede disponer del beneficio obtenido por la sociedad incorporada de manera más amplia que si hubiera un simple contrato de empresa (40).

c) La sociedad principal está obligada a nivelar las pérdidas arrojadas por el balance de la sociedad incorporada en cuanto sobrepasen el importe de las reservas manifiestas —§ 312, (3)—.

En principio, la sociedad incorporada puede nivelar sus pérdidas mediante la aplicación de reservas, incluida la reserva legal, o pueden

(38) *Beg.*, sub. § 312, pág. 237.

(39) *Beg.*, loc., cit.

(40) Cfrs. § 290 y § 312 (2), y *Beg.*, sub. § 312, pág. 237.

asentarse en el balance como tales pérdidas. El deber de la sociedad principal de cubrir estas pérdidas contabilizadas no nace más que cuando su importe excede del que arrojan las reservas manifiestas.

La finalidad de este precepto consiste en impedir que el patrimonio neto de la sociedad publicada aparezca constantemente inferior a su capital social (41).

d) En ciertas circunstancias, sobre la base de la fusión patrimonial de las sociedades incorporadas y principalmente de la inexistencia de intereses tutelables, se establece, por el § 313, una suavización del deber de redactar y publicar las cuentas sociales de la sociedad incorporada.

a') Es cierto, por un lado, que la sociedad incorporada no pierde su personalidad jurídica, pero, a consecuencia de la situación patrimonial y administrativa creada con la incorporación, ambas sociedades se encuentran en situación, jurídica y económica, análoga a la que se hubiera producido de haberse celebrado una fusión entre ellas. Por otro lado, el único accionista de la sociedad incorporada es la sociedad principal que, por su amplio poder directivo, conoce ya la situación económica de aquélla, por lo cual decae la necesidad de que se publiquen los balances. Como las acciones de la sociedad incorporada no circulan mientras la incorporación subsista, tampoco existe un interés de posibles socios futuros que haya de protegerse. Por último, los intereses de los socios de la sociedad principal se tutelan mediante la ampliación de un derecho de información (42) y la exigencia de unas determinadas circunstancias que se examinan a continuación.

b') El deber de redactar y publicar las cuentas cesa cuando la sociedad incorporada está incluida por la sociedad principal en unas cuentas consolidadas de grupo o en unas cuentas parcialmente consolidadas. Este será un caso frecuente en la situación de incorporación, porque, a consecuencia del amplio poder directivo de que goza la sociedad principal, podrá afirmarse casi siempre la unidad del poder de dirección.

Los deberes del órgano administrativo de la sociedad incorporada en esta materia se convierten en el deber de presentar en el registro mercantil las cuentas consolidadas del grupo —§ 313, (2)—, no sólo para satisfacer el interés de la generalidad en conocer la situación económica del grupo, sino, además, para que los socios de la sociedad principal puedan conocer lo referente a esta parte —transitoriamente— de su empresa y para que ante el encargado del registro se justifique la no presentación de las cuentas anuales de la sociedad incorporada.

El encargado del registro no necesita comprobar más que la inclusión de la sociedad incorporada en las cuentas consolidadas del grupo, según las indicaciones suministradas por la memoria anual del grupo, en el cual, según el § 326, (3), tienen que constar todas las empresas

(41) *Beg.*, pág. 238.

(42) V. § 314. La relación entre el § 313 y el § 314 se pone de manifiesto en la exposición de motivos.

del grupo que han sido consolidadas, extremo que cae dentro de la revisión que realizan los censores (43).

e) El derecho de información de los accionistas de la sociedad principal se extiende, después de la incorporación, a las circunstancias pertenecientes a la esfera de la sociedad incorporada con la misma extensión y características que tenía su originario derecho de información —§ 314—, como si fueran accionistas de la sociedad incorporada (44). El fundamento para extender el derecho de información de los accionistas mencionados a estas nuevas materias consiste en que, a partir de la incorporación, la sociedad incorporada constituye una parte de la sociedad en la cual participan originariamente. La empresa de la sociedad incorporada se convierte en algo semejante a un departamento de la explotación (*Betriebsabteilung*) de la sociedad principal (45). Por esta razón, aunque no se diga expresamente por el proyecto, el órgano administrativo ha de incluir en su informe los datos necesarios para que pueda conocerse la marcha de la sociedad incorporada mediante su publicación en la memoria anual (46).

5. Pero, además de estos efectos de carácter general, la incorporación de una sociedad cuyas acciones no se poseen totalmente por la sociedad principal origina efectos especiales por lo que se refiere a los derechos de los accionistas de la sociedad mayoritaria.

Los titulares del 5 por 100 del capital social no poseído por la sociedad principal quedan privados de su titularidad, porque, con la inscripción de la incorporación en el registro mercantil, esos derechos de socio se transmiten “ope legis” a la sociedad principal, sin que sea necesario la transmisión de los títulos, que, en principio, quedarán en poder de los antiguos socios (47).

En el caso de que los derechos de socios estuvieran incorporados a títulos-valores, éstos dejan de incorporar la compleja relación de socio y únicamente atribuyen a su eventual titular el derecho de exigir a la sociedad la compensación a la cual tuvieren derecho sus antiguos titulares.

Para resarcir a los socios cuyos títulos han pasado a la sociedad principal por virtud de la incorporación, se les concede una indemnización adecuada. En principio, esta compensación consiste siempre (48) en acciones de la sociedad principal. Pero si la sociedad principal es una sociedad dependiente, los socios pueden optar entre recibir acciones de la sociedad principal o una adecuada compensación en metálico.

D. La terminación de la incorporación se trata por el § 315.

(43) V. *Beg.*, pág. 328.

(44) *Beg.*, sub. § 314, pág. 238.

(45) *Beg.*, loc., cit., en nota anterior y *Beg.*, sub. § 313, con motivo de las cuentas de la sociedad incorporada.

(46) Lo cual también se deduce de los principios que dominan el nuevo instituto de la incorporación: *Beg.*, loc., cit.

(47) *Beg.*, pág. 236.

(48) *Beg.*, pág. 236.

abarcando los extremos referentes a las causas y a su publicación registral.

1. En cuanto a las primeras, a la vista de los supuestos de extinción previstos por el § 315 es posible afirmar que el fin de la incorporación depende predominantemente de la voluntad de la sociedad principal, ya que, salvo por lo que se refiere a las causas de extinción "ope legis" implícitas en la disolución de la sociedad, todos los supuestos suponen —como se verá a continuación— una actuación voluntaria, no de la sociedad incorporada, sino de la sociedad dominante.

Aparentemente no ocurre así cuando la incorporación termina por acuerdo de la junta general de la sociedad incorporada. Pero este acuerdo, aun perteneciendo formalmente a esta última, no puede tomarse más que cuando la sociedad principal así lo quiera, porque, al ser titular de todas las acciones, es el único accionista de la sociedad incorporada y en su representación actuará su órgano administrativo, único asistente a la junta que toma el acuerdo (49). La voluntad unilateral de la sociedad incorporada es suficiente para producir la cesación de una situación creada mediante el acuerdo de ambas sociedades (50).

Por otro lado, si no aparece como causa de extinción la manifestación expresa de la voluntad de la sociedad principal, ello se debe a que se ha estimado que ésta puede, en cualquier momento, hacer cesar la situación creada con la incorporación mediante la enajenación de parte de las acciones de la sociedad dominada (51), con lo cual, al desaparecer uno de los presupuestos necesarios para crear la incorporación, determina su desaparición —como establece, de manera expresa, el mismo precepto: § 315, (1), (52). La norma que estableciera la necesidad de un acuerdo de la junta de la sociedad principal, cualquiera que fueran sus requisitos, podría ser burlada fácilmente mediante el procedimiento que se acaba de indicar.

La desaparición de los presupuestos necesarios para celebrar el negocio de incorporación produce, como es natural, la terminación de la misma.

El traslado del domicilio de la sociedad fuera del territorio alemán hace terminar la incorporación —§ 315, (1), 2— (53).

Para asegurar el conocimiento de estos hechos por el órgano administrativo de la sociedad que hasta él ha estado incorporada, la sociedad principal tiene el deber de comunicarlo inmediatamente por escrito a la sociedad incorporada —§ 315, (2)— (54).

(49) Así ocurre también en los contratos de dominación y de cesión de beneficios: v. *Beg.*, pág., cit.

(50) *Beg.*, pág. 238.

(51) V. *supra*.

(52) *Beg.*, § 315, pág. 238.

(53) En uno de los presupuestos expresamente exigidos para que la incorporación pueda fundarse; por lo tanto, su desaparición hará cesar la situación.

(54) *Beg.*, pág. 239.

Por último, la disolución de la sociedad principal origina también el término de la incorporación, porque una sociedad en estas condiciones no debe continuar determinando el destino económico de otra sociedad. Entre las causas de disolución previstas en el proyecto (55), hay algunas que no extinguen la sociedad, sino que permiten que la empresa continúe funcionando bajo otro titular. Sin embargo, en cualquier caso, incluso aunque la nueva sociedad cumpla los presupuestos requeridos para la incorporación, es necesario que el correspondiente negocio se celebre de nuevo, porque, de esta manera, se asegura la debida publicidad de hecho tan importante para los intereses de los terceros.

2. El proceso de conclusión se publica, por último, en el registro mercantil de la sociedad hasta entonces incorporada. La inscripción no tiene carácter constitutivo (56). Aunque no se manifieste de forma expresa, éste es el sentido que posee la norma que impone al órgano administrativo el deber, no sólo de solicitar inmediatamente la inscripción de la terminación en el registro correspondiente al domicilio de la sociedad, sino, además, la causa y el instante temporal en que ha cesado la situación registrada, porque aquel momento es independiente de la inscripción.

3. Los efectos de la conclusión de la incorporación se manifiestan en que de las deudas originadas a partir de este momento no responde la sociedad principal. Los acreedores cuyos derechos de crédito hayan nacido antes de la extinción no son titulares de un derecho a exigir garantías por las deudas anteriores, porque, a diferencia de lo que ocurre cuando concluye un contrato de empresa, la sociedad principal responde de estas deudas. Con fines de seguridad, y para favorecer a la sociedad que fue principal, el § 315, (4), determina que las pretensiones de los acreedores anteriores a la terminación de la incorporación prescriben en los cinco años siguientes al día en que el hecho extintivo se considera publicado en el registro, salvo que la pretensión tenga señalado un plazo más breve de prescripción. Si el derecho de los acreedores vence después de la publicación en el registro, el plazo de prescripción comienza a correr desde este día posterior (57).

---

(55) Véase el § 251, que coinciden sustancialmente con las previstas por el AktGes de 1937.

(56) *Beg.*, pág. 239. Tampoco tiene carácter constitutivo la inscripción de la terminación de un contrato de empresa: v. sobre esto, con anterioridad.

(57) *V. Beg.*, pág. 239.

## LOS GRUPOS FÁCTICOS DE EMPRESAS

I.—GRUPOS FÁCTICOS DE EMPRESAS EN GENERAL.—A. Los grupos fácticos de empresas sin sociedades dependientes.—B. Los grupos fácticos con sociedades dependientes: 1. Los intereses que han de protegerse en esta situación: *a)* La responsabilidad objetiva de la empresa dominante en el primer proyecto: su crítica; *b)* La solución del proyecto del Gobierno: piezas esenciales. 2. La legalización del poder dominante en el grupo.—II. EL PODER Y LA RESPONSABILIDAD EN EL GRUPO.—A. El ámbito del poder directivo de la empresa dominante: 1. El pensamiento fundamental de la regulación. 2. La compensación de los perjuicios con las ventajas: concepto de ventaja relevante a estos efectos.—B. La responsabilidad de la empresa dominante y de los órganos de la sociedad dependiente: 1. El pensamiento fundamental. 2. La ordenación de la responsabilidad de la empresa dominante: *a)* La responsabilidad de los representantes legales de ésta; *b)* El sujeto a favor del cual se establece la responsabilidad; *c)* Presupuestos; *d)* Extinción de la pretensión; *e)* Legitimación para su ejercicio. 3. La responsabilidad de los órganos de la empresa dependiente: *a)* La fundamentación de esta responsabilidad; *b)* Las diferencias con el supuesto en que exista un grupo fundado contractualmente.—C. El nuevo informe sobre las relaciones de dependencia: 1. La finalidad de este informe. 2. La redacción del mismo: *a)* El tiempo; *b)* El contenido: *a')* Enumeración de negocios y medidas; *b')* La declaración final y su publicidad. 3. La censura del informe: *a)* La censura ordinaria de carácter necesario: *a')* Por los censores de cuentas: *aa)* La posibilidad de esta censura; *bb)* El procedimiento de censura; *b')* La intervención del consejo de vigilancia; *b)* La censura facultativa a instancia de los accionistas.

I. Junto a los grupos constituidos negocialmente, la realidad económica alemana conoce grupos que, para adaptarse a las necesidades de organización exigidos por una cierta actividad económica, descansan en un fundamento distinto a la celebración de un negocio jurídico. Son los llamados grupos fácticos de empresas (*faktische Konzerne*), es decir, grupos en los cuales existe una empresa a la que, de hecho, pertenece el poder de dirección.

A. Si entre las empresas agrupadas no existen empresas dependientes, sino que la dirección radica en un órgano del cual participan las empresas del grupo (*faktische Gleichordnungskonzerne*), se ha estimado por el Reg. Ent que no se producen riesgos para los intereses de accionistas y acreedores que exijan el establecimiento de una especial regulación.

B. La hipótesis que atrae la atención del legislador es la del grupo fáctico de empresas, en el cual una de ellas ejerce el poder directivo sobre las restantes (*faktisches Unterordnungskonzern*).

1. El problema que es preciso resolver en estos supuestos es semejante al presentado por una relación de dependencia sin que exista un grupo. Es el de mantener incólume la propia esfera de intereses de la sociedad por acciones dependiente frente al poder de dominación cuyo titular es la empresa dominante. El interés de la sociedad dependiente se sitúa en el mismo plano que el interés de las restantes empresas agrupadas —incluso el de la dominante— y que el interés del grupo como posible unidad superior. El titular del poder dominante no puede —amparándose en la tutela de estos últimos intereses— conculcar el interés de la sociedad dependiente. Si lo hace, incurre en responsabilidad.

Los intereses que hay que proteger en esta situación son, por un lado, los intereses de los socios extraños al grupo de dominio, y, por otro, los intereses de los acreedores sociales.

La asunción de las obligaciones de la sociedad dependiente por la dominante protege, exclusivamente, los intereses de los acreedores, siendo necesario establecer una especial protección para los intereses de los socios (1).

Todos los preceptos de la segunda parte están encaminados a proteger a la sociedad dependiente del posible daño que, en beneficio del interés de la empresa dominante o del del grupo pudiera derivarse de su inclusión en el llamado grupo fáctico de empresas (*sogennantes faktisches Konzern*) (2). De esta manera quiere evitarse las dudas que existen sobre la interpretación del § 101 del AktGes de 1937.

a) Esta protección se realizaba en el RefEnt mediante la imposición de una responsabilidad objetiva a las personas que ejercieran de hecho un poder de dominación sobre una sociedad por acciones.

La responsabilidad objetiva, impuesta a quienes, sin haber concertado el correspondiente contrato, ejercitan un poder de dominación, no es una innovación absoluta en el ordenamiento alemán del derecho de acciones, sino que contaba con el precedente del § 101 AktGes del 1937, del que no constituye más que una intensificada agravación (3). Más, a pesar de tal entronque con la anterior tradición legislativa, el

(1) Así SCHÄFER, *Selbstfinanzierung...*, cit., pág. 63. La alternativa —propuesta por FISCHER— entre la celebración de un contrato de empresa o la asunción por la empresa dominante de la responsabilidad por las obligaciones de la sociedad dependiente, no es una auténtica alternativa, porque, si se acepta el segundo término, quedan desamparados los intereses de los socios de la sociedad dependiente.

(2) *Beyl.*, § 300, pág. 228.

(3) Así GESSLER, *Der Schutz der abhängigen Gesellschaft*, en *Aktuelle Fragen*, págs. 247 y ss., pág. 251; también RAUTMANN, *Probleme...*, cit., pág. 190. El significado del § 101 AktGes es tema de carácter general que afecta a toda sociedad sobre la cual se ejerce una influencia —aunque no se base en una relación de subordinación.



precepto fue duramente combatido, por considerarlo una medida draconiana (4), inadecuado para cumplir la finalidad perseguida por el legislador e injustificado en un sistema de responsabilidad inspirado en los principios de responsabilidad por culpa (5).

Como objeción de principio se dijo que la norma del § 284 RefEnt era infiel a la única posible justificación de cualquier norma sobre responsabilidad de la empresa dominante, pues, influido el proyecto por prejuicios teóricos, en vez de conectar simplemente la responsabilidad debida por el ejercicio de un efectivo poder de dirección, desconoce las necesidades prácticas de las cuales dimanaban los numerosos casos de organización fáctica de grupos; estimando, por lo tanto, que la estructura de una organización de grupos no obedece más que al deseo de ejercitar un poder fuera del cuadro de competencias previstas legalmente, impele directamente a la conclusión en todo caso de un contrato de empresa (6), y se establece una presunción de culpabilidad para el titular del poder de dominación (7).

También fue criticada la imposición de la responsabilidad objetiva, porque no constituía el medio adecuado para lograr la finalidad buscada por el legislador, es decir, para impulsar al empresario, cabecera del grupo, a celebrar un contrato que —a cambio de una amplia publicidad y de la concesión de garantías a los socios— legalice el ejercicio de su poder (8), ya que, en efecto, sin tal contrato, puede ejercer, de hecho, el mismo poder sin más sanción que una responsabilidad draconiana sobre el papel, pero que, en el caso de tenerse que hacer efectiva, puede revelarse, según se puso de manifiesto en el DJT, como un instrumento desprovisto de eficacia.

Por otro lado, contra la responsabilidad objetiva prevista por el Ent I se objetó que no era justo conectar una consecuencia tan rigurosa a un supuesto de hecho descrito de una manera tan poco concreta como hacía el proyecto con la “impartición de instrucciones”.

El concepto de instrucción (*Weisung*) es un concepto evanescente —como ya se hizo notar cuando se utilizó para caracterizar positivamente el tipo contractual correspondiente previsto por el RegEnt (9)—. Mas las dificultades se acrecientan cuando quiere utilizarse para conectar a su ejercicio una responsabilidad. El supuesto de hecho se da cuando los órganos gestores de la sociedad dependiente adoptan una medida sin estar convencidos de su idoneidad para promover el fin social y movidos tan sólo por la representación de que correspondía

(4) Para el examen de estos problemas, v. RAUTMANN, *Probleme...*, cit., páginas 192 y ss.; GESSLER, *Der Schutz...*, cit., *passim*.

(5) FLUME, *Referentenentwurf...*, pág. 21; FLUME, *Die abhängige*, pág. 1. Para una indicación de opiniones contrarias; RASCH, *Richtige u. falsche Wege*, pág. 41, nota 117; GESSLER, *Der Schutz...*, pág. 253.

(6) *Bergsene Stellungnahme...*, pág. 35.

(7) FLUME, *Die abhängige...*, pág. 1.

(8) DUDEN, *Zum Referentenentwurf...*, pág. 1102.

(9) V. antes y RAUTMANN, *ob.*, cit., pág. 269; también SCHMIDT, *Die Verfassung...*, cit., pág. 53.

a los deseos de la empresa dominante (10). La comprobación de su existencia en el caso concreto ofrece serias dificultades (11).

La responsabilidad objetiva prevista por el Ent I puede perjudicar, en primer término, a la sociedad dependiente, porque, ante el temor de incurrir en una responsabilidad configurada tan rigurosamente, la persona participante puede abstenerse de aconsejar a la sociedad una determinada medida en la ejecución de un negocio, con lo cual quien resulta perjudicada es la sociedad que, por sus dimensiones, carece de los medios necesarios para estudiar la conveniencia relativa de los caminos que se le abren en el desarrollo de su actividad (12). En este sentido, la norma no tenía más que una sustancia meramente prohibitiva (13), incapaz de permitir la promoción del interés, digno de tutela, que pudiera existir para la constitución de un grupo de estas características.

La redacción del § 284 RefEnt impedía el juego compensatorio entre el perjuicio producido por una instrucción y la ventaja que por otra ulterior pueda llevarse a la sociedad dominada, porque el deber subjetivo de indemnizar los daños se conectaba directamente al daño producido por la instrucción en sí misma considerada (14). Incluso era dudoso si podría compensarse el daño con la ventaja producida por la adopción de una misma medida (15).

b) El RegEnt no renuncia a la protección de los intereses de socios externos y acreedores (16). Mas el instrumento que utiliza el Ent II para forzar a la empresa dominante a celebrar con la sociedad dominada un contrato de dominación ha variado. La empresa dominante ya no es amenazada con la drástica imposición de una responsabilidad objetiva, sino que su poder de dirección es más limitado que

(10) RAUTMANN, ob. y loc., cit. anteriormente.

(11) Así, ¿será responsable la empresa dominante cuando los órganos gestores de la sociedad dependiente adopten, entre las varias razonablemente posibles, una medida idéntica a la propuesta por la primera?

(12) Así HENGELER y KREIFELS, *Absicht und Wirklichkeit...*, pág. 40. En realidad, esta responsabilidad se produce por el hecho de la dependencia, que, en el caso de basarse sobre una participación en la sociedad actuante, se presume cuando alcanza un determinado porcentaje.

(13) FLUME, *Die abhängige...*, cit., pág. 1.

(14) WÜRDINGER, *Rechnungslegung...*, cit., pág. 17.

(15) RAUTMANN, *Probleme...*, cit., pág. 193.

(16) La propuesta de SCHÄFFER para sustituir la responsabilidad objetiva establecida en el primer Proyecto consistía en lo siguiente. La empresa dominante respondería a la sociedad dependiente del resarcimiento de daños en todos los casos en que esta última hubiese sido perjudicada por un negocio realizado con la segunda o con otra empresa del grupo, o cuando la empresa dominante o una empresa del grupo hubiera obtenido por el negocio un beneficio que no hubiera logrado si la sociedad hubiera sido independiente. Los órganos de la empresa dominante responderían, pues, cuando no pudieran probar que la medida a la cual ellos han inducido a la sociedad dependiente no estaba inspirada exclusivamente en el interés de la sociedad dependiente. La carga de la prueba de que el negocio era normal y de que la empresa dominante hubiera obtenido de todas las maneras su beneficio recaería sobre la empresa dominante (SCHÄFFER, *Die Selbstfinanzierung...*, cit., pág. 64).

si hubiera celebrado un contrato de dominación, en cuanto que se elimina la posibilidad jurídica de que la empresa dominante pueda imponer a la sociedad dominada medidas que impliquen un perjuicio para los intereses de la última, mediante el establecimiento de una responsabilidad, que, sin abandonar los principios de la responsabilidad culposa, permiten a la empresa titular del poder una mayor flexibilidad en el ejercicio del mismo.

En definitiva, para compensar la inexistencia de las garantías que necesariamente acompañan a la celebración del contrato de dominación se impone a la empresa dominante una responsabilidad —que todavía ha de considerarse fuerte— y queda sometida a unos especiales deberes de publicidad que afectan al ejercicio de su poder (17). Sin embargo, no se ha mantenido de modo implacable la lucha contra los grupos de empresas no basados en un contrato de dominación, sino que la existencia fáctica del grupo ha tenido cierto reconocimiento legislativo, ya que se reconoce la legitimidad del ejercicio del poder directivo que corresponde a la empresa directora —en límites más reducidos que los correspondientes a la dirección de un grupo fundado contractualmente— y los presupuestos de cuya existencia pende la responsabilidad que comporta este ejercicio no es tan grave como para impedir que aquél se efectúe.

La solución preconizada por el RegEnt ha obtenido una acogida que puede considerarse favorable en conjunto. No han faltado, sin embargo, críticas basadas en la inconveniencia de someter a la misma responsabilidad distintos supuestos —mera situación de dependencia y grupos fácticos en sentido estricto— (18), o con la inviabilidad del informe sobre las relaciones de dependencia (*Abhängigkeitsbericht*) sobre el cual descansa el nuevo sistema (19).

De estas observaciones se concluye que la adecuación entre poder de hecho y responsabilidad por su ejercicio no ha encontrado hasta el momento una solución realmente satisfactoria (20).

Pero con todas las reservas que el RegEnt pueda suscitar en este punto, parece que su concepción constituye acaso el único camino transitable para formular una regulación jurídica adecuada a la situación real de los intereses (21).

2. La legalización del poder de dominio se realiza —según se ha indicado ya— mediante la celebración de un contrato entre la empresa dominante y la sociedad dependiente. El contrato adecuado para ello es el contrato de dominación, el cual hace perceptible las relaciones entre las diversas empresas agrupadas.

De acuerdo con la dicción literal del Ent II —que habla de “res-

(17) *Beg., Vorbemerkung* a la segunda parte, pág. 226.

(18) Esta es la principal crítica dirigida por las agrupaciones económicas al RegEnt.

(19) Se exponen más adelante al tratar del informe sobre las relaciones de dependencia.

(20) RASCH, *Richtige u. falsche...*, cit., pág. 46.

(21) WÜRDINGER, *Zum Regierungsentwurf...*, cit., pág. 112.

ponsabilidad cuando no existe un contrato de dominio<sup>22</sup>—, la celebración de los contratos de carácter obligatorio enumerados en el § 281 no legitima a la empresa dominante para impartir instrucciones a la sociedad con la cual ha concertado un contrato, p. ej., de arrendamiento (22). Si, no obstante, estos contratos se utilizan para esta finalidad, entran en juego las normas sobre responsabilidad previstas para los grupos fácticos de empresas.

El contrato de cesión de beneficios se halla situado entre el contrato de dominación y los restantes contratos previstos por el § 281, pues mientras su celebración, modificación y extinción están sometidas a los mismos requisitos (23), y la tutela de socios externos y acreedores se realiza con una intensidad casi semejante (24), la empresa que adquiere el derecho a la totalidad del beneficio tiene que permanecer en una actitud pasiva frente a la sociedad dependiente obligada a la cesión, porque, al no haber “legalizado” su poder directivo, incurrirá en la responsabilidad prevista para el ejercicio de hecho de un poder de dominación. Es comprensible que la celebración de este contrato puro sucediera rara vez, ya que nadie querría pechar con las mismas consecuencias desfavorables que si celebrase otro contrato que, con los mismos sacrificios de su interés, le atribuye mayores derechos. Para evitar esta consecuencia el RegEnt establece una norma específica referida a este tipo contractual.

Las garantías establecidas para la protección de los socios externos y de los acreedores cuando la sociedad celebra contrato de cesión de beneficios hacen, pues, innecesario el informe especial del órgano administrativo (§ 305), porque, aun faltando el contrato de dominación, las garantías exigidas para uno y otro caso, son equivalentes, y, en el supuesto de que la empresa dominante utilizara indebidamente su poder de hecho, las consecuencias perjudiciales que originaran a la sociedad dependiente las instrucciones recaerían, en definitiva, sobre la empresa dominante, cuyas expectativas de beneficio disminuirían por la pérdida ocasionada con la medida propuesta (25).

Pero el ámbito de su poder directivo y la responsabilidad en que incurre cuando sobrepase sus límites son los mismos que corresponden al contrato de dominación (26).

II. A la vista de las anteriores directrices, a continuación se expone el sistema mediante el cual se ordena por el RegEnt la

(22) Esta imposibilidad se refiere naturalmente al plano normativo. V. lo que se dijo al tratar de la caracterización de los tipos contractuales calificados por el RegEnt como contratos de empresas.

(23) Que, por otro lado, son comunes a todos los contratos previstos por el RegEnt.

(24) V. antes el ámbito de los contratos a los cuales se aplica el régimen de garantías previstos por el RegEnt y que separan el contrato de dominación y de cesión de los beneficios del resto de los tipos contractuales.

(25) *Beg.*, al § 305, pág. 233.

(26) SCHUPP, *Das Konzernrecht...*, cit., pág. 742.

ecuación entre poder y responsabilidad de los grupos fácticos de empresas.

A. El ámbito del poder de dirección de la empresa dominante se circunscribe, cuando no se ha celebrado un contrato de dominación, por el § 300.

1. El pensamiento fundamental que inspira la norma citada es que el interés de los socios y de los acreedores sociales de la sociedad dominada tiene que protegerse en el cuadro institucional creado para el desenvolvimiento de la sociedad anónima cuando la celebración de otro contrato especial no ha erigido otras medidas protectoras que permitan prescindir de aquéllas. La sociedad dependiente no puede ser impulsada a tomar medidas que perjudiquen su interés, aunque resulta beneficiado el interés de la empresa dominante, el de alguna de las empresas incluidas en el grupo, o el del grupo en su conjunto (27).

La ausencia de unas garantías previas, que aseguren a los accionistas externos y a los acreedores sociales la tutela de sus intereses, impide que la empresa dominante aproveche su poder para beneficiar sus intereses o los del grupo. El interés del grupo no puede pretender una jerarquía superior al interés de la sociedad dependiente, por el mero hecho de que sea un interés cuantitativamente mayor. Al margen de su magnitud, tanto uno como otro son intereses privados de carácter patrimonial, que, para el ordenamiento, son igualmente valiosos. Si se pasa de una consideración puramente cuantitativa —incapaz por sí sola para justificar la subordinación de un interés a otro de la misma naturaleza— a una contemplación cualitativa, la afirmación de que el interés del grupo, por sus dimensiones, adquiere una relevancia para toda la comunidad política en la que el grupo desarrolla su actividad tampoco justifica que, para favorecer el interés del grupo, se perjudique el de la sociedad dependiente, ya que esto representaría una expropiación de derechos privados sin indemnización de los titulares expropiados (28).

2. Pero, por otro lado, este mismo pensamiento justifica que la empresa dominante pueda impulsar a la sociedad dependiente a que tome medidas perjudiciales para su interés cuando los perjuicios estén compensados con otras ventajas. Como, en el supuesto considerado, las ventajas no han sido creadas por un contrato legalizador del grupo —que, por hipótesis, no existe— los beneficios compensadores de los perjuicios tienen que ser comprobados, caso por caso, para atribuirles la virtud de compensar los perjuicios aducidos por los socios de la sociedad dependiente (29).

(27) Con estas normas quedan zanjadas las discusiones alrededor de la relevancia del interés del grupo frente al interés de la sociedad agrupada que el § 101 AktG suscitó en la literatura alemana: v. sobre las distintas opiniones y la opinión actualmente predominante, los com. al § 101 AktGes y, en especial, SCHMIDT, en *Grosskomm. AktGes*, I, págs. 695 y ss.; igualmente GESSLER, *Der Schutz...*, cit.

(28) *Beq.*, al § 300, pág. 229.

(29) V. MESTMÄCKER, *Verwaltung...*, cit., págs. 346 y ss.

Entonces, es preciso delimitar el concepto de ventaja, jurídicamente relevante, para neutralizar los efectos perjudiciales de una medida. En este sentido, el § 300, (2), dice que sólo constituye ventaja relevante a los fines justificadores del § 300, (1), la originada por un contrato tan estrechamente unido con el negocio o medidas perjudiciales que económicamente tienen que considerarse como un negocio unitario. Con esta norma se pretende fijar de manera clara el alcance de la doctrina general de la *compensatio damni cum lucro*, a fin de poder, ulteriormente, fundamentar el deber de redactar el informe de dependencia (30).

El informe tiene que ser anual y, por lo tanto, una compensación general de perjuicios y ventajas queda excluida, porque si cualquier ventaja pudiera aducirse para compensar el perjuicio de la sociedad independiente, habría que esperar a conocer el éxito de la política económica adoptada por la dirección del grupo para tomar una decisión frente a la denuncia del socio. Por otro lado, esta amplitud de la compensación haría prácticamente imposible la prueba de los presupuestos subjetivos exigidos por la norma que impone la responsabilidad. La referencia a un lapso de tiempo determinado —p. ej., ejercicio social— sería arbitraria y no evitaría los inconvenientes que acaban de apuntarse. Por ello, el punto de referencia adoptado es el de la realización de un negocio jurídico o actuación de una medida determinada. De esta manera se limita la fuente común de perjuicio y ventaja, impidiéndose, al mismo tiempo, la invocación de las ventajas generales derivadas de la pertenencia a un grupo de sociedades, ventajas que sólo podrán invocarse cuando la existencia del grupo se haya legalizado mediante la celebración del oportuno contrato de dominación (31).

La estrecha limitación del concepto de ventaja compensadora es objeto de crítica cuando las relaciones entre la sociedad dominada y la empresa dominante no son de simple dependencia, sino que corresponden a las más fuertes de un grupo. Las relaciones entre las empresas del grupo no pueden juzgarse exclusivamente desde el punto de vista de los negocios y medidas aisladamente considerados, porque, además de no ofrecer la buscada garantía para los socios externos, ofrecería insuperables inconvenientes para el seguro funcionamiento de los grupos fácticos de empresas. El grupo posee una tendencia a la permanencia que hace injusta la consideración de una medida aislada, sin conexión con la totalidad de la política económica seguida por la dirección del grupo (32).

B. La delimitación del ámbito del poder directivo que corresponde a la empresa dominante y la previsión del informe que controla su utilización son los presupuestos legislativos para el ulterior estableci-

(30) *Beg.*, pág. 229.

(31) *Beg.*, págs. 231 y 232.

(32) *Stellungnahme* II, págs. 46 y ss. V. lo que se dice, supra en el texto, para justificar la postura del RegEnt.

miento de la responsabilidad en que incurre la empresa dominante, y, en su caso, los órganos de la sociedad dominada.

1. El pensamiento rector de las normas de los §§ 306 y 307 es el de impedir que la empresa dominante ejercite un poder directivo sobre las sociedades dependientes tan amplio como si hubiera celebrado el contrato de dominación que la legitima para ello. Los límites que, a falta de su contrato, impone el § 300 (33) arrastra, pues, el establecimiento de una responsabilidad especial para la empresa dominante y sus representantes legales para el caso de que los sobrepasen (34).

Pero, para asegurar la realización de estas finalidades, el RegEnt abandona el instrumento de la responsabilidad objetiva, utilizado por el RefEnt, y torna hacia un precepto del AktGes 1937, que, aunque no ha funcionado en la práctica hasta el momento actual (35), ofrece la posibilidad de desarrollar la responsabilidad en que incurren las personas que utilizan su influjo dominante para perjudicar los intereses propios de la sociedad dominada (36). La adaptación del § 101 AktGes 1937 se efectúa mediante el fortalecimiento de la responsabilidad prevista por aquel precepto (37).

2. La empresa dominante es la persona responsable, frente a la sociedad y, en su caso, frente a los socios, cuando se produce el daño en las circunstancias que después se verán (38).

a) Junto a la empresa dominante, responden solidariamente sus representantes legales, pues la realización de los fines pretendidos por este grupo de normas hace imprescindible la declaración de responsabilidad de estas personas —en las mismas circunstancias que responde la empresa de la cual son representantes— (39).

Pero, aquí, cesa el círculo de las personas gravadas con la responsabilidad impuesta por este precepto: los empleados directivos de la empresa dominante no responden, según estos principios, sino en virtud de los principios generales o de la aplicación del § 113 RegEnt (40).

b) La empresa dominante responde, no sólo frente a la sociedad dependiente, sino también frente a los socios de la misma, los cuales poseen una acción propia para obtener el resarcimiento de los perjuicios que, directamente, les haya irrogado la medida inspirada por la empresa dominante, al margen de los perjuicios que se les hayan mediatemente originados como consecuencia del daño recaído directamente en las sociedades —y que, por su condición

(33) V. supra sobre el poder directivo atribuido a una empresa dominante en virtud de un contrato de dominación.

(34) *Beg.*, al § 306, pág. 233.

(35) Así lo hace notar MÄSTMÄCKER, *Verwaltung...*, cit., loc., cit.

(36) *Beg.*, al § 306, pág. 233.

(37) Sobre este problema, v. con anterioridad.

(38) Es insuficiente la responsabilidad de los miembros del órgano administrativo y del consejo de vigilancia, por lo cual es preciso añadir la responsabilidad de la empresa misma: v. SCHÄFFER, *Selbstfinanzierung...*, cit., pág. 64.

(39) *Beg.*, al § 306, pág. 224.

(40) *Beg.*, loc., cit. v.: FLUMÉ, *Die abhängige Aktiengesellschaft*, pág. 3. El § 113 RegEnt, corresponde al § 101 AktGes.

de socio, repercuten, en definitiva, sobre su patrimonio— (41). Esta acción de los socios es, ciertamente, una acción distinta de la acción social —para cuyo ejercicio también están legitimados en ciertas condiciones los socios— (42), porque, como aclara la fundamentación del proyecto, no sólo son distintos los presupuestos de su nacimiento, sino, porque, además, la renuncia o la transacción sobre la acción social no afecta a la acción cuya titularidad pertenece a los socios para resarcirse de los daños sufridos inmediatamente en su patrimonio (43).

c) Los presupuestos para el nacimiento de la acción social manifiestan el cambio de rumbo que ha experimentado el RegEnt con relación al primer proyecto.

a') En cuanto a los presupuestos de carácter objetivo, el § 306, (1), exige cumulativamente dos requisitos. En primer lugar, que la empresa dominante haya ejercido, por cualquier medio, su influjo sobre la sociedad dominada, a fin de hacerla tomar una resolución perjudicial para sus intereses. La responsabilidad de la empresa dominante nace aunque su influencia se realice mediante el ejercicio del derecho de voto que, por su participación en la sociedad dependiente, le corresponde en la junta general, o mediante el influjo ejercido sobre personas al servicio de la sociedad que no pertenecen al Consejo de Administración (45).

Es indiferente el medio del cual se vale la empresa dominante para perjudicar los intereses de la sociedad dependiente. Su poder puede ejercerse, no sólo mediante influjo sobre los miembros del órgano administrativo o del Consejo de vigilancia, sino también mediante el ejercicio de su voto en la junta general. En todos estos supuestos la empresa dominante es responsable de los perjuicios causados a la sociedad dependiente. Si, por regla general, el ejercicio del voto no comporta ninguna responsabilidad para su titular, en los casos en que un socio —dotado de la cualidad de empresario— puede determinar el destino de la sociedad en la cual participa surge un especial deber de atender los intereses de su coaccionistas, que si es infringido justifica la imposición de la correspondiente responsabilidad (46).

Además, en segundo lugar, que la sociedad influida haya experimentado un daño no compensado con una ventaja. El sentido y funcionamiento de este presupuesto se comprenden teniendo presente lo dicho al tratar el concepto de ventaja.

b') Mas el cumplimiento de estos dos presupuestos de carácter

(41) Sobre esta particularidad de la acción de responsabilidad cuando no existe contrato de dominación no dice nada la Exposición de motivos al § 306.

(42) V. más adelante sobre la legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad y de sus presupuestos.

(43) *Reg.*, pág. 234.

(44) Cífrs. con la regulación dispuesta por el § 113 del Proyecto para los casos de dependencia que no caigan bajo la regulación de los grupos de empresas.

(45) *Reg.*, pág. 234.

(46) *Reg.*, pág. 229.



objetivo no desencadena, sin más, la responsabilidad de la empresa influyente, sino que, a diferencia de lo que ocurría en el RefEnt, se requiere la concurrencia de un elemento subjetivo, al disponer el § 306, (2), que no nace el deber de resarcimiento si un administrador (*Geschäftsführer*) ordenado y escrupuloso de una sociedad independiente hubiere contraído el negocio jurídico o tomado u omitido la medida causante del daño cuyo resarcimiento se pretende. Es decir, para que el daño sea resarcible es necesario que en el momento de ejercer la influencia haya podido preverse, empleado la diligencia que hubiera puesto un ordenado y cuidadoso gerente en la dirección de su empresa independiente, los daños que acarrearían las medidas adoptadas.

d) La extinción de la acción social de responsabilidad se regula de manera semejante a lo establecido para la extinción de la acción de responsabilidad contra la empresa dominante de un grupo de empresas basado en el contrato (47). La renuncia —y lo mismo se aplica a la transacción— de la acción social de responsabilidad no puede hacerse más que después de transcurrir tres años desde su nacimiento si los accionistas externos asienten a ello mediante un acuerdo especial y una minoría que represente la décima parte del capital participante en el acuerdo no hace constar en el acta su oposición.

La limitación de los tres años no se aplica cuando la empresa obligada al resarcimiento es insolvente (*Zahlungsunfähig*) y se ha concertado con sus acreedores para evitar o eliminar el procedimiento concursal.

Las acciones a las que se ha hecho referencia prescriben a los cinco años.

a) La legitimación para el ejercicio de la acción social corresponde, en primer lugar, a los órganos sociales de la sociedad perjudicada, pero —de la misma manera que cuando se exige la responsabilidad en caso de contrato de dominación— también están legitimados los socios y los acreedores sociales.

Cualquier accionista, puede, en consecuencia, hacer valer la acción social de responsabilidad, pero el resarcimiento del daño sufrido por aquél sólo puede obtenerse mediante una prestación de la sociedad.

Por otro lado, los acreedores sociales pueden ejercitar también la acción social cuando no pueden obtener la reparación de sus perjuicios dirigiéndose a la sociedad.

Pero la legitimación de los accionistas y de los acreedores es sustituida por la del administrador concursal mientras esté pendiente el procedimiento concursal, abierto sobre el patrimonio de la sociedad.

3. Si cuando desaparece contractualmente la independencia de la sociedad por acciones, se mantiene, sin embargo, la responsabilidad en ciertos supuestos de sus propios órganos, con mayor razón esta responsabilidad debe de perdurar cuando la sociedad está dominada de hecho por otra empresa.

---

(47) *Bcg.*, pág. 234.

a) El hecho decisivo para establecer esta responsabilidad es que no existe un negocio mediante el cual se produzca una mutación en la titularidad del poder directivo de la sociedad, el cual dejará de residir en los órganos sociales para radicar en la empresa dominante. Por lo tanto, los órganos de la sociedad son responsables en la misma medida que lo son los órganos de una sociedad independiente, ya que ésta continúa siéndolo en el plano jurídico, aunque de hecho sea dependiente.

En los mismos términos que el § 113, 2, (1), el § 307, 2, establece la responsabilidad solidaria de los miembros del órgano administrativo y del consejo de vigilancia cuando han incumplido en su actuación como órganos los deberes que su cargo les impone.

b) El contenido de esta norma se separa en dos momentos del que establece la responsabilidad de los órganos de la sociedad jurídicamente sometida por un contrato de dominación a la influencia de una empresa dominante.

La responsabilidad solidaria de los órganos sociales se extiende al resarcimiento de los daños causados inmediatamente a los accionistas con independencia del daño experimentado indirectamente por su condición de socio al perjudicar a la sociedad (48).

Por otro lado, la responsabilidad de que venimos hablando no surge cuando la actuación de los órganos sociales —presuntamente responsables— descansa en un acuerdo legalmente adoptado por la junta general. La justificación de estas normas radica en que la junta general —a diferencia de lo que sucede cuando se ha celebrado un contrato de dominación— continúa siendo el órgano supremo en la estructura orgánica de la sociedad por acciones. Ahora bien, esta cualificación sería incompatible con la responsabilidad, en estas condiciones, de los otros órganos sociales y, al mismo tiempo, injusta para los gravados con la misma (49). La aprobación de la medida perjudicial por el Consejo de vigilancia no excluye el deber de resarcimiento —§ 307, (2), i.f.— (50).

El ejercicio de esta acción, así como su extinción, se regula —por expresa remisión del § 307, (3)— según lo dispuesto en la materia para la acción de resarcimiento contra la empresa dominante y sus representantes legales (51).

C. Recogiendo proposiciones surgidas con motivo de la disensión del RefEnt —especialmente debidas a FLUME (52)—, el § 301 introduce un informe sobre las relaciones de dependencia (*Abhängigkeitsbericht*)

(48) Esta norma coincide con la del § 113 (V. *Beg.*, pág. 146 y pág. 234) y difiere de la establecida para la responsabilidad de los órganos de la sociedad sometida por un contrato de dominación.

(49) *Beg.*, al § 307, pág. 234.

(50) Igual ocurre cuando se ha celebrado un contrato de dominación.

(51) Círs. con anterioridad sobre esta cuestión.

(52) FLUME, *Der Referententwurf...*, cit., passim; v. también FLUME, *Die abhängige Aktiengesellschaft*, cit.: GESSLER, *Der Schutz*, cit.

cuya redacción incumbe al órgano administrativo y sometido después a un control especial —del que se ocupan los §§ 302 y ss.

1. La finalidad que se propone el proyecto con la introducción de este nuevo informe es la de asegurar la información —y, eventualmente, los medios probatorios— de las personas interesadas en hacer efectiva la responsabilidad del órgano responsable de la empresa dominante. El § 101 AktGes no se ha aplicado en ningún caso, porque los socios externos y los acreedores de la sociedad ni conocen los negocios que han sido sugeridos o impuestos por la empresa dominante al órgano administrativo de su sociedad, ni, caso de que los conozcan, disponen de las pruebas necesarias para hacer efectiva la responsabilidad, de las cuales, sin embargo, dispone la sociedad.

Con la nueva institución del informe, al mismo tiempo que se logran estos objetivos, pretende el proyecto evitar los inconvenientes que se producirían de utilizar para las finalidades señaladas otros instrumentos de publicidad ya regulados por la Ley. Estos serían o el informe anual que acompaña a los documentos contables en la rendición de cuentas o el derecho de información de los accionistas durante la celebración de la junta. Una ampliación del ámbito de estos medios informativos es inadecuado para facilitar las pruebas de los negocios perjudiciales para la sociedad, porque el informe no puede contener todas las circunstancias de los negocios interesantes para la posible responsabilidad de la empresa dominante. Por otro lado, los informes pedidos por el accionista durante la celebración de la junta general pueden ser lícitamente negados por el órgano administrativo cuando, por su naturaleza, sean susceptibles de perjudicar el interés social. La existencia del informe allana estas dificultades.

2. Como ya se ha dicho, es el órgano administrativo de la sociedad dependiente quien ha de redactar el informe pertinente —§ 301, (1)—, ateniéndose a los principios que corresponden a una rendición de cuentas consciente y leal —§ 301, (2)—.

a) El informe tiene que redactarse dentro de los tres primeros meses del ejercicio anual.

b) El aspecto más importante que ofrece la regulación de este nuevo informe es el de su contenido alrededor del cual gira después la censura.

a') El informe tiene que relacionar tres grupos de negocios, indicando, al mismo tiempo, las particularidades interesantes para la finalidad que se persigue con su implantación por el Proyecto.

Los tres grupos de negocios a los cuales se refiere el § 301, (1), son los siguientes:

1.º Todos los negocios jurídicos que la sociedad haya celebrado con la empresa dominante o con alguna de las empresas incluidas en el grupo. Estos negocios han de relacionarse cualquiera que haya sido

la intervención en ellos de la empresa dominante (53) y cualquiera que haya sido el resultado económico para la sociedad dependiente.

2.º Los restantes negocios jurídicos que haya celebrado la sociedad dependiente que hayan sido sugeridos por la empresa dominante o que se hayan realizado en interés de ésta o de alguna de las empresas pertenecientes al grupo.

3.º Por último, con carácter comprensivo (54), todas las medidas sin carácter negocial que la sociedad dependiente haya realizado u omitido siguiendo las sugerencias de la empresa dominante o en interés de ésta o de alguna de las empresas del grupo.

El carácter descriptivo de este informe puede ofrecer dificultades de redacción si se considera que, para lograr un cuadro completo de las relaciones entre las empresas del grupo y la sociedad dependiente, se exige que el órgano administrativo mencione todas las relaciones, tanto las de carácter negocial como las de carácter extranegocial, existentes en el grupo. Pero hay que tener en cuenta que, frecuentemente, las relaciones entre la empresa dominante y la sociedad dependiente se desarrollarán, por la índole de las prestaciones y las condiciones en que se realizan, en un marco típico, lo cual, sin perjuicio de indicar individualmente los negocios celebrados, permitirá simplificar la exposición exigida (55).

Para que el informe permita comprobar la conveniencia de todos los negocios debe de mencionar las circunstancias que les configuran económicamente. Así, en los negocios jurídicos, tiene que indicarse la prestación y la contraprestación; y en las medidas de carácter extranegocial, los fundamentos para su adopción y los beneficios y perjuicios que producen a la sociedad. Cuando los perjuicios se compensen con las ventajas, éstas tienen que indicarse individualmente (56).

b') El informe concluye con una declaración del órgano administrativo que lo ha redactado, en la cual haga constar que la sociedad obtuvo en todos los negocios celebrados una contraprestación adecuada según las circunstancias que conocía en el instante de que se celebraron y que las medidas adoptadas u omitidas no la perjudicaron o, en su caso, que los perjuicios han sido compensados con los beneficios —§ 301, (3)—.

La eficacia de esta declaración, está en función de la publicidad que adquiere. Mientras el informe en su totalidad es reservado, esta declaración tiene que incluirse en el informe anual —§ 301, (3), i.f.—. El deber de publicar esta declaración constituye una constante advertencia (57) para el órgano administrativo de que, conforme a los deberes

(53) *Beg.*, pág. 230.

(54) *Beg.*, pág. 231, con ejemplos: colocación de un producto, renuncia a un mercado...

(55) Así lo hace notar *Beg.*, loc., cit.

(56) Recuérdese lo dicho anteriormente con anterioridad al examinar el concepto de ventaja relevante a estos efectos.

(57) *Beg.*, pág. 231. Sobre la publicidad del resultado de la actividad de la censura sobre el informe de los administradores, v. más adelante.

inherentes a su cargo, tienen que tutelar los intereses de su sociedad incluso frente a los de la empresa dominante, porque, con esta publicación en el registro, no sólo los accionistas y los terceros conocen sus posibles infidelidades, sino que, además, puede ser juzgada por los empleados encargados de la alta dirección, conocedores de las particularidades que rodearon a los negocios a que se refiere el informe.

3. El informe redactado por el órgano administrativo de la sociedad dependiente se somete a un control riguroso, que se desarrolla en sucesivas etapas, de las cuales, las dos primeras —control de los censores y control del Consejo de vigilancia— tienen carácter necesario, mientras que la última tiene carácter extraordinario y puede, por lo tanto, faltar.

a) La censura ordinaria se descompone en dos censuras sucesivas semejantes al control que se ejercita sobre los otros documentos mediante los cuales se hace efectiva la obligación de los órganos gestores de rendir cuentas de su actividad.

a') La piedra angular de toda la regulación proyectada para el ejercicio fáctico de un poder de dominio sobre una sociedad por acciones es la censura del informe especial por los censores de cuentas (*Prüfung durch die Abschlussprüfer*).

aa) El introducir un control fuera de los órganos sociales es, como afirman las observaciones a este precepto, ineludible e indispensable, porque la censura ejercida por el órgano de vigilancia (58) sobre el documento no es adecuado, ya que, por el influjo que la empresa dominante ejerce sobre la formación de este órgano, podría ocurrir que un Consejo integrado por mayoría de representantes de aquélla subvirtiera —al ser juez y parte— la ordenación que corresponde a los intereses en juego, dando la preponderancia al interés de la empresa dominante sobre el interés de la sociedad de la cual son órganos (59).

Mas una vez que se decide la introducción de un control encomendado a una instancia externa a los órganos sociales, se presenta un nuevo problema, cuya gravedad es indicada por la extensión que la Exposición de motivos del RegEnt dedica a explicar y defender su postura. Se trata de hallar las personas más adecuadas para realizar tal tarea.

El proyecto atribuye la función de controlar el informe sobre las relaciones de dependencia a los censores de cuentas. Para ello se basa en que esta nueva función que se les encomienda no es esencialmente distinta a las que, fuera del ámbito del derecho de acciones (60), venían desempeñando estos técnicos. Incluso en esta esfera, no ha sido extraño, según muestra la experiencia, que, voluntariamente o a ins-

---

(58) Que, según la constitución orgánica de la sociedad por acciones, es el órgano encargado del nombramiento del órgano de administración.

(59) *Bcg.*, al § 302, pág. 231. También SCHÄFFER, *Selbstfinanzierung...*, cit., pág. 63; GESSLER, *Der Schutz...*, cit., pág. 264.

(60) V. ejemplos en *Bcg.*, pág. 231.

tancias de un acreedor, fuera examinada la gestión de los negocios por censores (61). Por otro lado, partiendo de algún supuesto aislado contemplado por el AktGes del 1937 (62) y del examen de las relaciones de dependencia en la memoria anual, la doctrina (63) había llegado a sostener que los censores tienen que examinar si la sociedad ha dispuesto de su patrimonio a favor de los socios sin obtener la contraprestación adecuada.

Por estas razones, aun reconociendo que los censores, por la atribución de esta nueva tarea, se verán gravados con una considerable o incómoda responsabilidad (64), son sólo ellos quienes, por su imparcialidad, su competencia técnica y su conocimiento de las relaciones entre empresa dominante y sociedades dependientes (65), pueden salir más airosos en el desempeño de esta tarea, sin cuya ejecución queda sin sentido la redacción del informe sobre las relaciones de dependencia.

Los censores encargados del examen del informe del órgano administrativo son los mismos que censuran la rendición de cuentas (66), y, por lo tanto, la independencia de estos censores tiene que ser especialmente cuidada, porque, de lo contrario, desaparece toda posibilidad de que la regulación prevista se desenvuelva en beneficio de los accionistas minoritarios (67).

bb) Al mismo tiempo que el órgano administrativo presenta los documentos contables y el informe anual para la rendición de cuentas, ha de presentar el especial informe de las relaciones de dependencia a los censores —§ 302, (1)—, quienes habrán de comprobar los siguientes extremos enumerados expresamente por el proyecto.

En primer lugar, tienen que comprobar si los datos fácticos contenidos en el informe son exactos —§ 302, (1), 1—. Para ello se pueden limitar a comprobar, no todos, sino algunos tomados al azar

(61) Así *Beg.*, loc., cit.

(62) Por ejemplo, cuando se trata de controlar la adecuación que existe entre prestación y contraprestación en el caso de aportaciones no dinerarias: § 31, 1 AktG. V. también GESSLER, *Der Schutz...*, cit., pág. 266.

(63) ADLER, DÜRING, SCHMALTZ, *Rechnungslegung u. Prüfung der Aktiengesellschaft*, en el com. al § 135, cit., por *Beg.*, pág. 232.

(64) Así *Beg.*, pág. 232. Objeciones derivadas de la nueva carga que representa la función de censura se han suscitado fundamentalmente desde la esfera de los círculos profesionales afectados por el proyecto.

(65) Recuérdese que, de hecho, en la práctica los censores han asumido voluntariamente la función de controlar estas relaciones en algunos de sus aspectos.

(66) Este hecho permite suponer que el censor está familiarizado con las relaciones de la sociedad, lo cual constituye una de las razones para atribuirle las nuevas funciones censoras.

(67) V. sobre la cuestión las observaciones de RASCH, *Richtige und falsche Wege...*, cit., pág. 46 —quien apunta la posibilidad de que los censores puedan realizar su censura influidos por la posible elegibilidad en años sucesivos—, y de KOPPENBERG, *Der Schutz...*, pág. 401, quien propone el nombramiento de un censor especial para varios años, con lo cual se independizaría su situación de la influencia de las personas que lo hubieran nombrado y que, incluso, permitiría excluir la censura extraordinaria que más adelante se examina.

como muestra, de igual manera que se hace con los datos contenidos en el inventario de la rendición de cuentas. No es objeto inmediato de comprobación si el informe contiene todos los datos necesarios, pero si de la investigación que cae bajo su competencia resulta que el informe es incompleto, tienen que indicarlo así (68). A ello se refiere el contenido del informe que han de emitir los censores.

En segundo término, los censores tendrán que comprobar la adecuación entre prestación y contraprestación de los negocios jurídicos enumerados en el informe, examinando para ello si la prestación de la sociedad no fue desproporcionadamente alta (*nicht unangemessen hoch war*) o si en los negocios perjudiciales para la sociedad, los perjuicios están compensados por los beneficios en la manera que antes se ha expuesto. Para que esta tarea pueda realizarse con probabilidades de éxito es necesario dejar al censor un cierto ámbito de discrecionalidad (*Spielraum*) (69). El criterio decisivo para juzgar este punto es el de si la contraprestación es defendible desde el punto de vista de una consideración comercial razonable, pero no han de fijarse en ligeras desviaciones de lo que ellos consideren precio adecuado, o en la llamativa desproporción (*auffälliges Missverhältnis*) entre prestación y contraprestación (70).

Las dificultades para realizar la censura aumentan cuando se trata de examinar la conveniencia de las medidas que la sociedad dependiente ha tomado impulsada por la empresa dominante porque, en este caso, no existe la posibilidad de una comparación objetiva —dentro del necesario ámbito de discrecionalidad— entre prestación y contraprestación (71). Por ello, en tercer lugar, los censores tienen que examinar si no existen circunstancias que permitan juzgar las medidas contenidas en el informe de manera esencialmente distinta a la de los administradores.

Con la formulación legal intentan salvarse las dificultades que ofrece el juzgar las medidas tomadas por la sociedad sin la comparación objetiva antes mencionada. No tienen, por tanto, que comprobar si la medida tomada por la sociedad era o no adecuada o si era incompatible con los deberes de un ordinario y consciente director de negocios, sino la fundamentación lógica de las medidas enumeradas por el informe, de suerte que la administración haya observado todos los posibles puntos de vista desde los cuales puede contemplarse la medida tomada por la sociedad dependiente.

cc) En el cumplimiento de sus funciones, los censores tienen en esta ocasión los mismos derechos de información y de examen que cuando censuran los documentos contables presentados para la rendición de cuentas.

No se ha considerado necesario insertar preceptos especiales para

(68) *Bey.*, al § 302, pág. 232.

(69) GESSLER, *Der Schutz...*, cit., pág. 267.

(70) *Bey.*, al § 303, pág. 232; también GESSLER, ob y loc., cit.

(71) GESSLER, ob. y loc., cit.

regular, civil y penalmente, la responsabilidad en que incurren los censores en el desempeño de sus funciones (72). Están sujetos a los mismos deberes, y, por lo tanto, incurren en la misma responsabilidad prevista para su infracción en la censura de las cuentas anuales (73).

El resultado de la actividad de los censores se recoge en un informe escrito, que han de firmar y presentar al órgano administrativo —§ 302, (2).

En cuanto a su contenido, sólo se prescribe que si los censores, en el cumplimiento de sus funciones según el § 150, (1), comprueban que el informe de los administradores es incompleto tienen que informar sobre ello en su informe.

Importancia especial adquiere la nota (*Vermerk*) con la cual, preceptivamente, han de concluir los censores su informe, recogiendo los resultados de su actividad. La nota tiene que estar firmada por los censores, con indicación en ella del lugar y del día.

El contenido de la nota es distinto, según los censores hayan o no hallado objeciones que oponer al informe del órgano administrativo.

Para evitar en lo posible equívocos sobre la índole y el círculo de la censura realizada por los censores (74), se prescribe la fórmula obligatoria mediante la cual han de emitir su conformidad con los términos del informe presentado por el órgano administrativo. Corresponde de un modo literal al objeto de la actividad censora descrito anteriormente y, en el caso de que alguna de sus partes no tuviera objeto, puede simplificarse.

Si los censores han comprobado que el informe del órgano administrativo es incompleto o que hay que elevar objeciones, tienen que negar o limitar la aprobación del documento.

Cuando los mismos administradores hayan declarado en su informe que la sociedad ha sido perjudicada por determinados negocios jurídicos o medidas o que los perjuicios han sido compensados por las ventajas en el sentido ya explicado, los censores no necesitan adoptar postura sobre ellos en su nota, sino meramente indicarlo así en ella remitiéndose al juicio expresado ya por el órgano administrativo y limitarla a los restantes negocios o medidas contenidos en el informe censurado.

La nota de aprobación ha de incluirse en el informe del órgano de vigilancia —§ 303, 2—, a fin de que sea conocida por la junta general.

Se ha considerado superflua la previsión de un procedimiento judicial, análogo al previsto con motivo de la censura de las cuentas anuales (75), para dirimir las diferencias de opinión entre el órgano administrativo y los censores de cuentas. La razón que se aduce para ello

(72) *Beg.*, pág. 302.

(73) *Beg.*, pág. 233.

(74) *Beg.*, al § 304, pág. 232.

(75) § 157 del Proyecto y que se utiliza con motivo de la redacción del balance del grupo.



es que las dificultades suscitadas por este procedimiento poseen, más que carácter jurídico, carácter económico (76).

b') Con carácter necesario, el Consejo de vigilancia interviene, de manera correspondiente a sus funciones de órgano de vigilancia, en el control al cual es sometido el informe del órgano administrativo. Pero no de manera exclusiva ni definitiva, ya que el consejo de vigilancia de la sociedad dependiente estará formado en todo o en parte con personas que gocen de la confianza de la empresa dominante (77).

El órgano administrativo, una vez que los censores han concluido su tarea, tienen que presentar al Consejo de vigilancia su informe sobre las relaciones de dependencia y el informe que sobre éste han emitido los censores, juntamente con las propuestas referentes a la distribución del beneficio social prescritas por el § 158 (78), que han de presentarse a la junta general —§ 303, (1).

El Consejo de vigilancia tiene que examinar el informe sobre las relaciones de dependencia en una sesión en la cual participarán los censores, si así lo exigiera aquel órgano —§ 303, (4)—. El examen realizado por el Consejo de vigilancia no se limita a ciertos negocios y medidas realizados por la sociedad (79), sino que, de acuerdo con el carácter de vigilancia de este órgano, su actividad se extiende a la comprobación de si existen objeciones contra el informe presentado por la administración.

En su informe a la junta general, el Consejo de vigilancia tiene que informar a ésta del resultado del examen que ha realizado del informe de las relaciones de dependencia.

b) La iniciativa de los accionistas —para la protección de cuyos intereses se configura el informe del órgano administrativo y su censura— comienza cuando, por el resultado de las comprobaciones efectuadas por los censores de cuentas o por el Consejo de vigilancia, existen motivos suficientes para sospechar que los intereses de la sociedad han sido perjudicados por la infracción de los deberes que pesan sobre los órganos de gestión (80). Entonces se articula, a iniciativa de los socios, una *censura especial* cuyas particularidades son las siguientes.

El derecho a pedir el nombramiento de un censor especial pertenece a todo socio, sin que sea necesario, como ocurre para pedir la censura especial del § 135, 2, reunir una determinada minoría. Este derecho abarca también el de poder exigir la sustitución judicial del

(76) *Beg.*, pág. 233.

(77) Así SCHÄFFER, *Selbstfinanzierung...*, cit., pág. 63, con motivo de la crítica a la primera proposición de FLUME.

(78) El examen de los documentos presentados no pueden negarse a ninguno de los miembros del consejo de vigilancia.

(79) La posición orgánica de los miembros del consejo de vigilancia no es afectada por el hecho de que su sociedad —de la cual son órganos— pertenezca a un grupo de empresas. Sus funciones continúan siendo las mismas que si fuera una sociedad independiente en el plano económico.

(80) *Beg.*, al § 304, pág. 233.

ensor que hubiera nombrado la junta general para la comprobación de los mismos precedentes.

Descriptivamente son enumerados los supuestos que originan el nacimiento de este derecho individual del socio. Son éstos: *a*) cuando los censores han limitado su aprobación —o la han negado— al informe de los administradores sobre las relaciones de dependencia entre su sociedad y la empresa dominante; *b*) cuando el consejo de vigilancia declara que es procedente promover objeciones contra la conclusión de dicho informe; *c*) cuando el mismo órgano administrativo ha declarado en su informe que la sociedad ha sido perjudicada por determinados negocios jurídicos, sin que los perjuicios hayan sido compensados por ventajas.

El nuevo control abierto con la petición de los accionistas no se limita al examen del negocio cuya desaprobación ha originado el nombramiento del censor, sino que se extiende al examen y a la comprobación del conjunto de relaciones negociales entre la sociedad y la empresa dominante o una empresa dominada por ésta —§ 304, (1) b)— (81).

Esta censura se rige por lo dispuesto, con carácter general, para la censura extraordinaria (82).

De manera especial tiene que subrayarse en este momento el derecho que tiene cada accionista a exigir una copia del informe (83) con lo cual se encuentra en posesión de un documento que le permitirá, con probabilidades de éxito, hacer valer en juicio su pretensión de resarcimiento (84).

---

(81) *Beg.*, pág. 233.

(82) Así *Beg.*, loc., cit.

(83) Según el § 138 (4), 4; y expresamente lo reconoce *Beg.*, pág. 233.

(84) Una de las finalidades —como se ha dicho— más relevantes de las buscadas con la implantación del informe sobre las relaciones de dependencia.