

Las uniones de empresas en la reforma alemana del derecho de sociedades por acciones (*)

JUSTINO F. DUQUE

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de La Laguna

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AcP = Archiv für civilistische Praxis.—AktG y AktGes = Aktiengesetz.—BB = Der Betriebs-Berater.—Beg = Begründung zum Entwurf eines Aktiengesetzes.—BPB = Bundesverband des Privaten Bankgewerbes.—DB = Der Betrieb.—Die AG = Die Aktiengesellschaft.—JZ = Juristenzeitung.—DJT = Deutscher Juristenmag.—NJW = Neue Juristische Wochenschrift.—RefEnt = Referentenentwurf eines Aktiengesetzes.—RegEnt = Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes.—W = Das Wertpapier.—Wpf = Die Wirtschaftsprüfung.—ZHR = Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht.— Los §§ citados sin indicación de la ley a la cual pertenecen corresponden al RegEnt.

INTRODUCCION

I. LA REFORMA DEL DERECHO DE ACCIONES Y LA REGULACION DEL FENÓMENO DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS.—A. La importancia de la reforma alemana.—B. La necesidad de la reforma: 1. El aumento creciente del fenómeno de concentración. 2. La institucionalización de la posesión de acciones y su evaluación.—C. La crítica al proyecto en la parte dedicada al problema.—II. LA SISTEMÁTICA DEL PROYECTO.—A. El nuevo concepto introducido de las uniones de

(*) Hace unos años comencé a trabajar en el Seminario de Derecho mercantil de la Universidad de Valladolid, dirigido por el Prof. GIRÓN TENA, sobre "Las uniones de sociedades". Una Pensión de Estudios concedida por la Comisaría de Protección Escolar me permitió trabajar, durante el verano de 1962, en el Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht de la Universidad de Bonn que dirige el Prof. K. BALLERSTEDT. A todas las personas que facilitaron mi trabajo, mi sincero agradecimiento. En especial, a los Profs. BALLERSTEDT —quien, con sus atenciones y sus indicaciones valiosas, allanó, durante mi permanencia en su Instituto, no pocas dificultades y GIRÓN TENA.

Debido al carácter preliminar y de documentación que el presente trabajo tiene, ofrece predominantemente aspectos analíticos y no sintéticos. Su publicación muestra los esfuerzos que realiza un legislador sensible a las exigencias de justicia derivadas de los cambios de estructura económica, a fin de que los fines generales —racionalización y aumento de la producción mediante la concentración de empresas, favorecida fiscalmente— se logren con el sacrificio mínimo de intereses privados —los de los accionistas de sociedades agrupadas.

empresas: 1. El concepto de uniones de empresas. 2. Los grupos de empresas y el derecho de las sociedades por acciones.—B. La finalidad de política jurídica: 1. La actitud del Proyecto ante el fenómeno de las restricciones a la competencia en el mercado. 2. El conflicto de intereses entre el grupo, la empresa dominante y la sociedad dependiente: a) El problema en las sociedades con acciones colocadas en el público inversor; b) La solución de principio adoptada por el Proyecto.—C. El carácter del concepto de uniones de empresas: 1. El concepto. 2. Las distintas situaciones previstas; a) La empresa dominante y la empresa dependiente; b) Los grupos de empresas; a') Grupos con subordinación a una empresa dominante; b') Grupos sin empresa dominante; c) Empresas recíprocamente dependientes; d) Sociedades incorporadas.

I. Con la finalidad general de estructurar orgánicamente el derecho no legislado (1) de las uniones de empresas —hasta ahora formulado autónomamente por los protagonistas del derecho de la economía (2) para regular, al margen de los estatutos sociales, todo el complejo sistema de relaciones entre los socios y de éstos con la sociedad (3) existentes en la mayoría de las sociedades a consecuencia del frecuente fenómeno de las agrupaciones—, los recientes proyectos alemanes de reforma se proponen, por primera vez en el mundo (4), atender, total y sistemáticamente, los problemas jurídico-societarios de uno de los fenómenos más típicos (5) de la estructura económica contemporánea (6). Esta preocupación sentida actualmente por Alemania

(1) ROSENDORFF, *Das neue deutsche Aktienrecht unter besonderer Berücksichtigung seiner Auswirkungen auf die Praxis des Aktienwesens* (Berlín, 1932, 2.ª ed. esencialmente aumentada de *Was müssen die Aktionäre und Verwaltungen vom neuen Aktienrecht wissen?*), pág. 395.

(2) RASCH, *Richtige und falsche Wege der Aktienrechtsreform. Der Regierungsentwurf eines neuen Aktiengesetzes* (Karlsruhe, 1960), pág. 33.

(3) Como ya se hacía notar por KLAUSING, *Reform des Aktienrechts. Unter besonderer Berücksichtigung der Teilreform des Jahres 1931* (Berlín/Wien, 1933), pág. 20.

(4) Es afirmación constantemente encontrada en los estudios sobre la reforma del derecho de acciones en Alemania: v. RAUTMANN, *Probleme aus dem Recht der Unternehmensverträge im Referententwurf eines Aktiengesetzes*, en *Beiträge zur Aktienrechtsreform*, editados por H. HENGELER (Heidelberg, 1959), págs. 159 y ss. —pág. 159, nota 3, con cita de bibliografía.

(5) MARCHAL, A., *Systèmes et structures économiques* (París, 1959), pág. 47.; STRACHEY, *El capitalismo contemporáneo* (México/Buenos Aires, 1960), págs. 26 y ss. Las palabras utilizadas por PREISER, al presentar su libro sobre *Die Zukunft unserer Wirtschaftsordnung* (Göttingen, 1955, 2.ª ed.), ponen de relieve la identidad de los problemas que afectan a las economías de los países del Occidente: "Cuando yo hablo de 'nuestra' economía, no me refiero ni a Alemania ni a las contingentes preocupaciones del instante presente. 'Nuestra' economía es la economía de nuestro tiempo y los problemas planteados son los problemas del capitalismo".

(6) V. nota anterior. La estructura económica está condicionada, en parte, por las estructuras jurídicas. Por ello, la tendencia a la agrupación de empresas se hallan en la obtención de resultados económicos más favorables —racionaliza-

es común a todos los estudios emprendidos para la reforma del derecho de sociedades en los países más significativos de Occidente en los cuales, cualquiera que sea la extensión de la reforma, uno de los temas abordados es el de los grupos de empresas (7). España, por su atención a la Comunidad económica europea y por su tendencia hacia una economía plenamente desarrollada (8), no puede quedar ausente de los esfuerzos para captar jurídicamente un tema que ya se debatió durante los trabajos preparatorios de la LSA de 1951 (9).

ción de la producción, eliminación de la competencia, aumento de los beneficios, en definitiva—, pero también en la utilización de una forma de empresa nueva, creada al margen de las estructuras jurídicas vigentes, cuya ventaja fundamental radica en que una persona puede ejercer las facultades derivadas de la propiedad sin necesidad de ser titular de todo el patrimonio implicado en el proceso productivo de una empresa, rompiendo, por lo tanto, el equilibrio entre poder y responsabilidad: FISCHER, *Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht. Rechtspolitische Betrachtungen zu einer Reform des Aktienrechts*, AcP, 154 (1955), págs. 85 y ss.—pág. 117 y ss—. También ASCARELLI, *Discipline della società per azioni e legge antimonopolista*, en *Problemi giuridici* (Milano, 1959), II, págs. 877 y ss.

(7) V., p. ej., *Travaux de la Commission de Réforme du Code de Commerce et du droit des sociétés*, t. II (París, 1951) y t. III (1951), pág. 280. Cuando la dirección legislativa no es, como en Italia, muy acusada, la doctrina no deja de señalar la existencia del problema: v. LIBONATI, *Holding e Investment Trust* (Milano, 1959); PASTERIS, *Il controllo nelle società collegate e le partecipazioni reciproche* (Milano, 1957); FANELLI, *Le partecipazioni sociali reciproche* (Milano, 1957); GUERRA, *Le società di partecipazioni* (Milano, 1957). Un estudio de conjunto para el derecho francés es el realizado por VANECKE, *Les groupes de sociétés* (París, 1959).

(8) Sobre este particular, v. las consideraciones que, en un plano general y de divulgación, hace recientemente VELARDE FUERTES, *España ante el Mercado común europeo*, en "Las Ciencias", XXVII (1962), págs. 133 y ss.

(9) GARRIGUES, J.; GONZÁLEZ, J.; DE LA PLAZA, M.; URÍA, R.; RODRÍGUEZ, A.; PALAO, J. E.; SÁINZ DE BUJANDA, F.: *Reforma de la sociedad anónima* (Madrid, 1947), cap. VIII (transformación y fusión), págs. 95 y ss., donde se adopta una postura abstencionista ante el fenómeno de la concentración. DE CASTRO Y BRAVO, *¿Crisis de la sociedad anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la sociedad anónima*, REPol, núm. 49 (1950), págs. 51 y ss.—págs. 105 y ss.— hace algunas propuestas acerca del particular. V., también, *La sociedad anónima. El Anteproyecto de su reforma. Dictamen del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España* (Madrid, 1949-50), págs. 110 y ss.—en especial, pág. 120, donde se propusieron las siguientes normas:

Artículo ... Cuando exista unidad económica entre empresas jurídicamente independientes la Sociedad dominante deberá presentar su Balance consolidado.

Artículo ... Se entenderá que existe unidad económica cuando la dominante posea directa o indirectamente: 1.º Más del 75 por 100 de las acciones de la empresa dominada o (y) 2.º Más del 75 por 100 de los votos de la empresa subordinada o (y) 3.º Derecho para nombrar al menos el 75 por 100 del número de administradores de la infraempresa.

Artículo ... Si los porcentajes del artículo anterior no llegaran al 75 por 100, pero sí al 50 por 100, la consolidación del Balance será facultativa para la empresa dominante y no preceptiva como en el caso anterior; pero, de no efectuarse la consolidación, con el Balance de la sociedad anónima se publicarán todos los Balances de las empresas subordinadas.

Artículo ... Los contratos de arrendamiento, de suministros, de compras o de servicios necesitarán entre empresas de la misma unidad económica o que

A. Por sus características de originalidad de sus soluciones, extensión de su problemática y profundidad en su planteamiento, el estudio de esta parte de la reforma alemana ofrece un relevante interés en el ambiente de reforma existente en casi todos los países del Occidente europeo (10). En los esfuerzos para construir un ordenamiento que, aprovechando las enseñanzas del derecho comparado (11), sirva las necesidades de la naciente Comunidad europea (12) en la esfera del derecho de sociedades (13), esta aportación puede ser decisiva a la hora de abordar los problemas más delicados del derecho de la em-

deban consolidar sus balances, la sanción de las Juntas generales respectivas cada segundo año, a no ser que la censura de cuenta la ejerzan miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas, quienes hayan puesto de manifiesto la existencia de los contratos y la negligencia en que pudiera haberse incurrido.

Artículo ... Las sociedades filiales e hijas no podrán ser, directa o indirectamente, propietarias de las acciones de la sociedad madre.

(10) WEST, *Aktienrechtsreform auch in England*, FAZ, 15 jul. 1960; BOARD OF TRADE, *Report of the Company Law Comitee*, London, June 1962; v. MENGONI, *Il "Jenkins Report"*, RiSo, 1962, págs. 672 y ss., con ulteriores indicaciones bibliográficas. GRANICHSTAEDTEN-CZERVA, *Die Aktienrechtsreform im Österreich*, Die AG, 1960, pág. 67; *Die Änderungen des Deutschen Aktiengesetzes in Österreich*, Die AG, 1958, pág. 1.

Recientemente en España, el artículo 19 del Decreto de 23 de noviembre de 1962 establece que "el Gobierno, a propuesta de los Ministros de Justicia y Hacienda, remitirá a las Cortes un proyecto de Ley que adapte la vigente de Sociedades anónimas a las disposiciones sobre inversiones de capital extranjero". Recientemente también URÍA ha hecho un balance de la vigencia de la LSA: *V. La experiencia decenal en la aplicación de la Ley de sociedades anónimas*, conferencia pronunciada en Bolonia. cfrs. VERDERA, *Tres mercantilistas españoles en Bolonia*, RDM, XXXIV (1962), págs. 83 y ss.

(11) La utilización del derecho comparado para la construcción del derecho de sociedades ha sido constante en esta esfera. Últimamente han aparecido estudios de derecho comparado referido al ámbito de la Comunidad europea: LACAN, *Caractéristiques essentielles des sociétés anonymes dans les six pays de la CEE*, Rev. des soc., 1960, págs. 377 y ss.; VAN WYNENDALE y WOUTERS, *Le droit des sociétés anonymes dans les pays de la Communauté Economique Européenne* (Bruxelles, 1961).

(12) Mediante la creación de una sociedad comercial común a un vasto territorio internacional: RAULT, *Pour la création d'une société commerciale de type européen*, RTDComm, 1960, págs. 741 y ss.; BARMANN, *Einheitliche Gesellschaftsform für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft. Ein kritischer Bericht*, AcP, 160 (1961), págs. 97 y ss.; LIETZMANN, *Stand der Diskussion über eine europäische Aktiengesellschaft*, Die AG, 1961, pág. 57; ID., *Zur europäischen Aktiengesellschaft*, Die AG, 1961, pág. 253.

Con relación a la posibilidad de una reforma de la sociedad anónima que no tenga cuenta de la nueva realidad institucional representada por el Mercado común, es expresivo el cambio de notas entre BARMANN, *Ist eine Aktienrechtsreform überhaupt noch zulässig?* JZ, 1959, pág. 434, y MARKER-WIRNER, *Aktiennrechtsreform und EWG-Vertrag*, JZ, 1959, pág. 627.

(13) Que no se concreta al derecho de sociedades anónimas, sino que se plantea con relación a otros tipos sociales: DUDEN, *Das Für und Wieder einer europäischen GmbH*, GmbH-Rdsch, 1962, pág. 76; WOLANY, *Soll die Einmann-GmbH beibehalten werden? - Untersuchung im Rahmen einer Harmonisierung des GmbH-Rechts in Europa*, GmbH-Rdsch, 1962, pág. 72.

presa —dentro del cual se encuadra sistemáticamente el derecho de sociedades (14).

El nuevo derecho de las uniones de empresa (15) está contenido en un proyecto para la reforma de todo el derecho de acciones. Con mayor amplitud que la reforma de 1937 (16), el actual movimiento de reforma ha producido una copiosa literatura, cuyo examen sistemático contribuye a explicar muchas de las particularidades normativas del proyecto (17). Los estudios doctrinales (18) y las proposiciones

(14) Como señala BALLERSTEDT, *Unternehmen von besonderer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung unter Berücksichtigung des Konzernrechts*, en *Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts. Bericht der Studienkommission des Juristentages (Bericht der Ausschüsse I und II)* (Tübingen, 1955), pág. 13.

(15) Sobre la denominación, su origen y su significado actual, v. más adelante.

(16) *Enquête-Ausschuss (Ausschuss zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft), Verhandlungen und Berichte der Unterausschusses für allgemeine Wirtschaftsstruktur (I. Unterausschuss), 3. Arbeitsgruppe: Wandlungen in der wirtschaftlichen Organisationsformen. Erster Teil: Wandlungen in den Rechtsformen der Einzelunternehmungen und Konzerne* (Berlín, 1928); *Dritter Teil: Wandlungen in der aktienrechtlichen Gestaltung der Einzelunternehmen und Konzerne* (Berlín, 1930); *Bericht der durch den 34. Juristentag zur Prüfung einer Reform des Aktienrechts eingesetzten Kommission herausgegeben von der Ständigen Deputation des deutschen Juristentages* (Mannheim/Berlín/Leipzig, 1928), págs. 42 y ss. —donde se expresa su postura frente a la posible regulación del fenómeno económico de la concentración—; *Deutscher Anwaltverein, Zur Reform des Aktienrechts - Antworten des Deutschen Anwaltvereins auf die Fragen des Reichsjustizministers*, Teil I y II (Leipzig, 1929); *Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst erläuternden Bemerkungen veröffentlicht durch das Reichjustizministerium* (Berlín, 1930); *Die Reform des Aktienrechts. Kritische Bemerkungen zum Gesetzentwurf des Reichsjustizministeriums. Aufsätze aus der Kölnischen Zeitung* (Köln, 1930) —como apéndice se incluye *Aktienrecht und Wirtschaft. Der Enquetebericht über die Wandlungen der aktienrechtlichen Gestaltung der Einzelunternehmungen und Konzerne*, páginas 87 y ss.—; *Die Aktienrechte der Gegenwart. Gesetze und Entwürfe in rechtsvergleichender Darstellung herausgegeben vom Reichsjustizministerium und vom Institut für ausländisches und internationales Privatrecht bearbeitet im Institut unter Benutzung amtlichen Materials von W. HALLSTEIN* (Berlín, 1931); *KLAUSING, Reform des Aktienrechts*, cit., págs. 43 y ss. —sobre el *1. amtlicher Reformentwurf* (1930), *Reformnovelle* y *2. (revidierter) Entwurf* (1931)—; *KLAUSING, Reform des Aktienrechts*, cit., págs. 43 y ss. —sobre el *1. amtlicher Akademie für Deutsches Recht, ZAkDR*, 1935, págs. 247 y ss.; *ROSENDORFF, Das neue deutsche Aktienrecht*, cit., págs. 392 y ss.

(17) *PO WOLANY —Stellungnahme zu den verschiedenen Vorschläge zur Reform des Aktienrechts (Zum Weg und Ziel der Reform)*, Die AG, 1958, págs. 197— ha sido puesto de relieve la utilidad que tendría la reunión sistemática de los trabajos, propuestas y críticas publicados hasta el momento, a fin de explicar ciertas peculiaridades del proyecto y adoptar postura crítica frente al mismo.

(18) Entre los más importantes trabajos de carácter general son de mencionar: *BALLERSTEDT, Unternehmen von besonderer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung unter Berücksichtigung des Konzernrechts*, cit.; *BRAUMBEHRENS, Praktischer Vorschlag zur Aktienrechtsreform*, Die AG, 1956, pág. 53; *DUPEN, Juristentag und Aktienrecht, ein Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, I, pág. 87 —interesante para conocer el pensamiento del *Deutscher Juristentag* sobre la

y propuestas formuladas por algunas entidades de carácter económico (19) culminaron en el primer proyecto oficial —*Referentenentwurf eines Aktiengesetzes* (20)— el cual suscitó nuevos trabajos críticos (21), a pesar del poco tiempo que se concedió para su examen (22).

materia—; DUDEN, *Die Diskussion über das Konzernrecht*, BB, 1957, pág. 1230 —hay traducción italiana (*Discussioni sul diritto dei consorzi*) en NRDC, 1957, I, págs. 104 y ss.—; FISCHER, C. E., *Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht*, AcP, 154 (1955), págs. 85 y ss.; ID., *Die Reform des Aktiengesetzes*, AcP, 154 (1955), págs. 181 y ss. —trabajo que marca una época en la evolución de la reforma y que enlaza con las direcciones anteriormente manifestadas, formalizándolas después de 1945—; FISCHER, G., *Gedanken zur kommenden Aktienrechtsreform*, Die AG, 1958, pág. 25; EICH, *Fragen der Aktienreform in betriebswirtschaftlicher Sicht*, Die AG, 1956, págs. 25 y ss.; v. GIERKE, *Die Aktiengesellschaft, ein Pionier der Umwandlung des heutigen Gesellschaftsrechts*, Die AG, 1956, pág. 3; MÖHLICH, *Der Deutsche Juristentag*, Die AG, 1957, pág. 221; MÖRING, *Sind auf dem Gebiete des Konzernrechts gesetzgeberische Massnahmen gesellschaftsrechtlicher Art notwendig*, DRiZ, 1957, págs. 203 y ss. RASCH, *Sind auf dem Gebiet des Konzernrechts gesetzgeberische Massnahmen gesellschaftlicher Art notwendig? Gutachten für den 42. Deutschen Juristentag* (Tübingen, 1957); SCHILLING, *Konzernfragen*, JZ, 1957, págs. 528 y ss.; SCHILLING, *Bericht des Ausschusses II...*; SCHMIDT, *Konzernrechtliche Kodifikation*, NJW, 1957, págs. 1337 y ss.; WOLANY, *Die Diskussion über eine Reform des Aktienrechts*, Die AG, 1956, pág. 49; WÜRDINGER, *Konzernrechtliche Abhängigkeit und Haftung der Konzernleitung Schutz der Minderheiten im Konzernrecht*, DB, 1957, págs. 961 y ss.; WÜRDINGER, *Sind auf dem Gebiete des Konzernrechts gesetzgeberische Massnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderliche? Referat en el 42. Deutscher Juristentag* (Tübingen, 1959).

(19) Sobre los materiales existentes hasta la publicación del RefEnt, v. BB, 1958, págs. 1070 y ss. Entre los más importantes: Arbeitsgemeinschaft der Schutzvereinigungen für Wertpapierbesitz, *Denkschrift zur Reform des Aktienrechts* (Düsseldorf, 1952); Arbeitskreis Dr. Krähe der Schmalenbachgesellschaft, *Konzernorganisation- Aufgaben- und Abteilungsgliederung im inaustrischen Unternehmensverband* (Köln/Opladen, 1952); Bundesverband der privaten Baukewerbes e.V., *Denkschrift zur Reform des Aktienrechts* (Köln, April 1958); Deutscher Industrie- und Handelstag, *Zur Reform des Aktienrechts*, 1954; Deutscher Juristentag, *Untersuchungen...*, cit.; Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V., *Vorschläge zur Aktienrechtsreform des Arbeitskreises Aktienrechtsreform im Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.* (Düsseldorf, 1956).

(20) *Referentenentwurf eines Aktiengesetzes. Veröffentlicht durch das Bundesjustizministerium* (Köln, 1958). El prólogo (*Vorwort*) con el cual se presentaba al RefEnt señalaba que éste no se acompañaba de una exposición de motivos (*Begründung*), sino, simplemente, de unas observaciones aclaratorias (*erläuternde Bemerkungen*). La verdadera fundamentación se reservaba para el ulterior proyecto del Gobierno. Esta distinción fue celebrada por DUDEN (*Zum Referentenentwurf...*, pág. 1101) a la vista de la inclinación a identificar motivos del redactor del informe con fundamentación del Gobierno, y ésta, finalmente, con el fin de la ley.

(21) *Aktuelle Probleme aus dem Gesellschaftsrecht und anderen Rechtsgebieten*, Festschrift für Walter Schmidt zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1959 (Berlín, 1959); Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht, *Marburger Aussprache zur Aktienrechtsreform* (Marburg, 1959); *Beiträge zur Aktienrechtsreform*, editados por H. HENGELER (Heidelberg, 1959); BENDER, *Aktienrechtsreform vom Standpunkt der Praxis*, NJW, 1959, pág. 1402; DUDEN, *Zum Referentenentwurf eines neuen Aktiengesetzes*, BB, 1958, págs. 1101 y ss.; ERLINGHAGEN y SCHULTZ, *Aussprache zu dem Vorträgen, en Marburger Aussprache*, págs. 68 y ss.; FLUME, *Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes* (Düsseldorf,

A principios de 1962 —el 3-2-1962— el Canciller de la República federal de Alemania envía al Presidente del Parlamento el proyecto de una ley de acciones (23) y el de una ley de introducción para la ley de acciones (24), examinados ya por el Bundesrat (25).

El pleno del Parlamento, trató, en primera lectura del proyecto que, anteriormente, le había remitido el Gobierno (26) juntamente con otros dos proyectos (*Vorlagen*) referentes al mejoramiento de la publicidad en las sociedades de capitales (27) y a la protección de las minorías en este mismo tipo de sociedades (28), cuya finalidad es la de acelerar la reforma en los puntos que, como los resueltos por el KapErhGes de 1959, se consideran necesitados de una inmediata atención legislativa (29).

1958) —con ligeras variantes recoge la serie de artículos aparecidos anteriormente en los núms. 118, 132, 136, 140 y 148 de *Handelsblatt* en 31-10/1-11, 10-11, 19-11, 28/29-11 y 17-12-1958; GIERKE, *Der Referententwurf eines deutschen AktG*, ZHR, 122, págs. 1 y ss., 117 y ss., 162 y ss.; HARTMANN, *Konzernrecht und Aktienrechtsreform*, en *Marburger Aussprache*, págs. 53 y ss.; HENGELER y KREIFELS, *Absicht und Wirklichkeit im Referententwurf eines Aktiengesetzes*, en *Beiträge*, págs. 11 y ss.; KÖHLER, *Der Referententwurf eines Aktiengesetzes*, JZ, 1959, págs. 73 y ss.; 110 y ss.; KROPPF, *Konzernrechtliche Vorschriften im Referententwurf eines Aktiengesetzes*, NJW, 1959, págs. 173 y ss.; POHLE, *Konzernrecht - insbesondere Konzernabschluss im Entwurf eines Aktiengesetzes*, Die AG, 1960, págs. 311 y ss.; REINHARDT, *Die Problematik der Aktienrechtsreform*, en *Marburger Aussprache*, págs. 9 y ss.; SCHÄFFER, *Die Aktienrechtsreform und ihre Probleme*, BB, 1958, págs. 1258 y ss.; SCHÄFFER, *Selbstfinanzierung und Konzernrecht*, Die AG, 1959, págs. 57 y ss.; SEMLER, *Das zukünftige Aktienrecht? Zum Referententwurf eines Gesetzes über AG und KGaA*, Wpfl, 1958, págs. 649 y ss. —en especial, págs. 653 y ss.—; WÜRDINGER, *Zur Reform des Konzernrechts, en Aktuelle Probleme*, págs. 279 y ss.; WÜRDINGER, *Betrachtungen zur Regelung der Konzernverfassung im Entwurf eines Aktiengesetzes*, DB, 1958, págs. 1447 y ss. —luego, en *Die Aktienrechtsreform. Beiträge zum Referententwurf eines Aktiengesetzes*, págs. 17 y ss.

Sobre la reforma alemana, en general, v.: COTTINO, *I problemi della società per azioni alla luce di un recente progetto ministeriale tedesco*, Temi, 1960, págs. 631 y ss. (en *Rassegna*, RiSo, 1961, pág. 527); DURCUDIER y KÜHLEWEIN, *De la prochaine réforme de la législation sur les sociétés par actions en Allemagne*, RTDComm, 1960, págs. 545 y ss.; SCHIPPEL, *Sulla riforma del diritto della società per azioni in Germania*, RiSo, 1959, págs. 546 y ss.

(22) V. las apreciaciones críticas sobre este punto, en *Die Reform hat begonnen*, Die AG, 1958, pág. 245.

(23-24) *Entwurf eines Aktiengesetzes y Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz*.

(25) Cuyo parecer figura como anexo 2 a la edición oficial del Proyecto: *Stellungnahme des Bundesrates*, págs. 325 y ss.; v., a continuación, la postura del Gobierno sobre este parecer, como anexo 3: *Auffassung des Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates*, págs. 333 y ss.

(26) *Der Regierungsentwurf zur Aktienrechtsreform im Bundestag*. Die AG, 1961, págs. 2 y ss.

(27) *Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Publizität von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung*.

(28) *Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Minderheiten in Kapitalgesellschaften*.

(29) V. *Die Aktienrechtsreform erneut vom Bundestag*, Die AG, 1962, págs. 59 y ss.

B. Sobre la inmediata necesidad de la reforma del derecho de acciones, existe práctica unanimidad, exteriorizada claramente en los círculos oficiales (30) y por la literatura que, antes de la aparición de los proyectos de reforma, se había ocupado de la adecuación legal entre realidad económica y ordenamiento jurídico.

1. El aumento creciente del fenómeno de la concentración de empresas (31) había originado una profunda sima entre ordenamiento jurídico y realidad, en cuanto que el AktGes de 1937 se hizo cargo de los problemas que afectaban a una sociedad independiente.

Se produce así en el plano legislativo una tierra de nadie (32) que, poco a poco, es ocupada por las previsiones contractuales que las partes toman para regular autónomamente sus intereses en el cuadro del ordenamiento jurídico-privado. Durante los trabajos preparatorios para la redacción del AktGes de 1937 se adujo, para justificar la inhibición legislativa en esta materia, la escasa experiencia y el defectuoso conocimiento que se poseían de estas cuestiones (33). El trabajo continuado sobre esta esfera ha superado, en la actualidad, la fase de tanteo que representó la inclusión en la ley de 1937 de algunos inorgánicos preceptos, dispersos por su articulado, sobre el problema de los grupos. Por esta razón el legislador de 1960 proyecta, conscientemente, una regulación orgánica de todos los aspectos del derecho de las uniones de empresas (34).

De una manera radical, la regulación del fenómeno del agrupamiento de empresas se ha considerado necesaria para conservar la función que corresponde a la sociedad anónima como institución de la vida económica (35). En efecto, si no se preve una ordenación adecuada de los grupos, la adquisición de acciones dejará de ser interesante para amplios círculos de pequeños participantes, despojando así a la institución de su facultad de canalizar pequeñas cantidades de ahorro (36) para constituir una gran empresa —de la cual el pequeño accionista se siente copropietario— y contradiciendo, en definitiva, el pensamiento legislativo de potenciar la situación del accionista aislado en la estructura orgánica de la sociedad (37).

(30) V. las noticias que sobre el particular se dan en *Beg.*, pág. 92.

(31) Sobre la evaluación numérica de estos datos, v. más adelante.

(32) Como la ha llamado FISCHER, ob. cit., pág. 91: "*rechiliche Nicmandland*": Con frase menos ponderativa, se ha llamado por SCHILLING, *Konzernfragen...*, cit., pág. 830, un "*Neuland*".

(33) Así se hace notar por la *Beg.* del proyecto del 1960 y, antes, por las *Erl. Bem.* del *RefEnt.*

(34) V. *Beg.*, págs. 94 y ss.; y págs. 213 y ss.

(35) Así PLEYER, *Aktienrecht...*, cit., pág. 8.

(36) FAUST, *Grossunternehmen und Mittelstand*, VW, 1958, pág. 2398.

(37) Cuestión debatida alrededor de la reinstalación del accionista en el puesto que le corresponde por su cualidad de propietario: FISCHER, C. E., *Die "Grundrechte" für den Einzaktionär und für Minderheiten*, DB, 1958, pág. 1263. La corrección de estas ideas puede verse en REINHARDT, *Aktienrecht und Eigentumsordnung*, en *Aktuelle Fragen*, págs. 23 y ss.

La regulación contenida en el AktGes para el fenómeno de la concentración es incompleta y defectuosa y, por lo tanto, una reforma es apremiante (38), habiéndose llegado a decir que una reforma del derecho de acciones que se limitara a mantener los escasos preceptos del AkGes sobre uniones de empresas no merecería el nombre de reforma (39). En realidad, los problemas de las uniones de empresas son los problemas del derecho actual de la sociedad anónima, porque casi toda cuestión de interés en esta esfera está motivada por la conexión de la sociedad por acciones con otras unidades económicas (40).

En ninguna otra esfera del derecho de acciones es tan apremiante la reforma como en la tocante a las uniones de empresas (41), no sólo porque es preciso tutelar de manera adecuada los intereses de acreedores y de socios minoritarios (42), sino porque, además, la acción legislativa es el medio imprescindible para terminar con la inseguridad jurídica que sobre la validez de ciertas situaciones surgidas en la práctica se han suscitado últimamente (43).

Es cierto que los contratos celebrados hasta el momento solían establecer cláusulas mediante las cuales se atendían los intereses de los accionistas (44) y de los acreedores. La empresa dominante no dejó nunca que éstos experimentaran pérdidas como consecuencia de la quiebra de las sociedades dominadas por ella. Pero el ordenamiento jurídico no puede construirse sobre la habitual gestión correcta de los negocios, sino que ha de tomar en cuenta los intereses de todos los participantes en el tráfico, a fin de protegerlos debidamente (45).

2. Por otro lado, el fenómeno de lo que se ha llamado "institucionalización de la posesión de acciones" ha alcanzado tal magnitud que hace imprescindible una intervención legislativa que se ocupe de esta nueva realidad.

(38) WÜRDINGER, *Aktienrecht. Eine systematische Darstellung* (Karlsruhe, 1959), pág. 192. Esta idea aparece con distintas manifestaciones en casi todos los autores que se ocupan de la reforma.

(39) SCHÄFFER, con motivo de la primera lectura del proyecto, v. *Der Regierungsentwurf...*, cit., pág. 2.

(40) RASCH, *Sind auf dem Gebiete...*, cit., pág. 9.

(41) SEMLER, *Das Recht der verbundene Unternehmen...*, pág. 485.

(42) Vid., más adelante, acerca de los problemas que ha de resolver el derecho de las uniones de empresas.

(43) Así SEMLER, ob. y loc. cit. Para la discusión acerca de la validez de los contratos conocidos bajo el nombre de *Organschaft*, v. infra.

(44) La ponderación de este aspecto de la reforma se hace especialmente por KLOSE, al comentar la aportación del *Vorstand der Schutzvereinigung f. Wertp.* a la reforma del derecho de acciones —pág. 89.

(45) RASCH, *Richtige und falsche Wege der Aktienrechtsreform*, cit., página 38.

(46) Manifestada por las diversas estimaciones que se hacen del fenómeno: v., especialmente, KAMP/SMOLINSKI, *Konzentrationsvorgänge in der gewerblichen Wirtschaft. Eine Betrachtung aus der Sicht der quantitativen Wirtschaftsforschung*, Die AG, 1959, págs. 305 y ss.; SMOLINSKI, *Die Messung von Unternehmenskonzentration. Probleme und Methoden*, Die AG, 1961, págs. 31 y ss. En todos los trabajos que se citan sobre el problema, se contienen puntos de vista críticos acerca de los aspectos metódicos del mismo.

Aunque la estimación numérica del fenómeno sea difícil (46) no existe la menor duda de que su extensión en el tráfico es importante porque las estimaciones referidas a la estructura alemana de la posguerra (47) se mueven entre el 80 % del capital total de las sociedades alemanas (48) y el 30 % (49).

Ultimamente el *Statistisches Bundesamt* ha publicado una visión panorámica de las relaciones de propiedad entre las sociedades alemanas por acciones (50). Según esta estadística, a finales de 1958, más de las dos terceras partes del capital social (27.326,4 millones D M) a que asciende el reunido por las 2.734 sociedades consideradas se encuentra en posesión de titulares permanentes (51).

C. Incluso las críticas más exigentes han reconocido que la redacción de los dos sucesivos proyectos constituye una base apropiada para la regulación exigida por la materia de los grupos de empresa (52).

La novedad de algunas soluciones preconizadas por los proyectos de reforma es causa de que, al carecer de un punto histórico de referencia, sea empresa difícil adoptar una postura crítica que anticipe el juego y desarrollo de las nuevas normas en la vida práctica (53).

Por la extensión de la regulación prevista (54), por la novedad de algunas de sus soluciones (55), por la ponderación de los conflic-

(47) Acerca de los cambios experimentados en materia de grupos de empresas ("*Konzernwesen*") después de la terminación de la II G.M., v., un resumen, en RASCH, *Neuere Entwicklungen im Konzernrecht*, WuW, 1955, págs. 53 y ss.; BECK y KORSCH, *Kartellauflösung und Konzernentflechtung in der westdeutschen Wirtschaft seit 1945*, WuW, 1957, págs. 411 y ss.; WILLNER, *Stellungnahme zu der Abhandlung "Kartellauflösung und Konzernentflechtung in der westdeutschen Wirtschaft seit 1945" von Drs. BOCK und KORSCH*, WuW, 1957, págs. 438 y ss.; SCHOLTEN, *Der Grad der Kapitalverflechtung in Deutschland*, WuW, 1957, págs. 557 y ss., contiene una comparación entre el estado anterior a la guerra y el existente en 1956.

(48) RASCH, *Deutsches Konzernrecht*, pág. 10, apoyándose en BÜHLER, *Das Steuerrecht der Gesellschaft und Konzerns*, 1953, 2.ª ed., pág. 189; FISCHER, C. E., ob. cit., pág. 117, habla de un 70 por 100; acepta también esta cifra la *Denkschrift BPB*, pág. 47; últimamente DEIST, *Zur Regierungsvorlage einer Aktienrechtsreform. Dies ist kein Reformwerk*, en *Das Mitbestimmungsgespräch*, 3. 1962, pág. 47.

(49) WÜRDINGER, *Sind auf dem Gebiete...*, cit., pág. 6, reproducido en *Aktienrecht*, cit., pág. 188.

(50) *Das Eigentum am Kapital der deutschen Aktiengesellschaften*, en *Wirtschaft und Statistik*, 1959 (11 Jahr. N.F.), págs. 76 y ss. Sobre los datos contenidos en dicha estadística, v. CHOLTEN, *Das Eigentum am Kapital deutscher Gesellschaften*, WuW, 1960, págs. 22 y ss.; RASCH, *Richtige und falsche Wege...*, cit., pág. 35.

(51) Sobre la expresividad de esta estadística, v. SCHOLTER, ob. cit., páginas 25 y ss.

(52) V. *Konzernrechtliche Stellungnahme*, pág. 611. Esta afirmación se repite incansablemente en diversas circunstancias.

(53) Es observación de WÜRDINGER, *Zum Regierungsentwurf...*, cit., página 112.

(54) SEMLER, *Das Recht der verbundene Unternehmen...*, cit., pág. 556.

(55) Para la redacción del RefEnt y del RegEnt se han tenido presentes las aportaciones de la literatura sobre sociedades, procurando resolver las cues-

tos de intereses entre la empresa dominante y las sociedades dominadas sin perturbar el desenvolvimiento de la economía pero protegiendo debidamente a los accionistas externos, los preceptos dedicados por el RegEnt constituyen, sin exageración, “una extraordinaria aportación legislativa” (*eine ausserordentliche gesetzgeberische Leistung*) (56), que, puede criticarse en algunos puntos concretos, pero que, en su conjunto, presenta un ajuste técnico perfecto entre sus diversas partes al servicio de los fines generales ya indicados.

II. La sistemática establecida por el RefEnt —que, en sus líneas generales, se mantiene por el RegEnt— es, ciertamente, complicada, pero corresponde, en lo esencial a la situación de la realidad (57). La nueva regulación propone algunos interesantes problemas sistemáticos, que van a examinarse seguidamente.

A. El RegEnt altera los preceptos que el RefEnt había dedicado a las uniones de empresa, introduciendo nuevos preceptos y sometiendo al conjunto a nueva y más fuerte sistematización (58).

1. La introducción del concepto de las uniones de empresas (*verbundene Unternehmen*) en el § 15 ha producido inmediatas consecuencias de orden sistemático. Así como hasta ahora fue suficiente la denominación *Konzernrecht* para designar el complejo de problemas (59) alrededor de los grupos de empresas (*Konzern*), de ahora en adelante, el *Konzernrecht* no constituye más que una parcela del *Recht der verbundenen Unternehmen*, reflejo de la agrupación de las distintas situaciones que se hace por el § 15 RegEnt (60), de suerte que aquella denominación, ampliamente extendida en la práctica, tiene que entenderse actualmente como *das Recht der eigentlichen Konzerne und der verwandter Unternehmensverbindungen* (61).

Pero a pesar de esta ampliación del derecho de las uniones de empresas, no es posible (62) —o, al menos muy dudosa (63)—, la creación de un derecho unitario de los grupos de empresa (*Konzernrecht*) que tenga presentes todos los aspectos jurídicamente relevantes

tiones dudosas que habían motivado los preceptos del AktGes de 1937. En este sentido, la exposición de motivos justifica en bastantes ocasiones el cambio de redacción que se observa en el proyecto con relación al AktGes. Es curioso notar que, para justificar el establecimiento de la censura del informe sobre las relaciones entre empresas unidas, se aduce oficialmente el testimonio del libro de ADLER-DÜRING SCHMALTZ, *Rechnunglegung u. Prüfung der Aktiengesellschaft*, 3.ª ed.: v. Beg., pág. 232.

(56) SEMLER, ob. y loc. cit.

(57) V. DUDEN, *Zum Referententwurf...*, cit., pág. 1102.

(58) WALTHER, *Zum Recht...*, cit., pág. 85; POHLE, *Konzernrecht...*, cit., pág. 311. Un resumen de las principales innovaciones se hace por SCHÄFFER, con motivo de la primera lectura en el Bundestag el 7-12-1960: v. Die AG, 1961, págs. 2/3.

(59) La enunciación de los grupos de problemas que hay que estudiar en las uniones de empresas, en WÜRDINGER, *Aktienrecht...*, cit., págs. 188 y ss.

(60) Sobre este problema, v. *Stellungnahme II*, pág. 8.

(61) Así KROPPF, *Konzernrechtliche Vorschriften...*, cit., pág. 173.

(62) Así *Denkschrift BPB*, pág. 48.

(63) BALLERSTEDT, *Unternehmen von besonderer...*, cit., págs. 50/51.

del fenómeno de los grupos, porque la valoración del mismo supuesto de hecho tiene que ser distinta en función de las diversas finalidades que quieren obtenerse en las distintas esferas en que el hecho de la agrupación tiene trascendencia. Por lo tanto, a lo que puede aspirarse es, no a un concepto unitario de grupo de empresa, sino a una concepción común acerca de este fenómeno que sirva de base para todas las intervenciones legislativas.

2. Conforme a la rotulación general del proyecto —dedicado a la reforma del *derecho de acciones*— el libro correspondiente —y los preceptos fuera del mismo pero relacionados con él—, el derecho de las uniones de empresa no debía de hacerse cuestión más que de los problemas referentes a las uniones de empresas constituidas por sociedades por acciones en cuanto se refiriesen al derecho de sociedades (64). Una ley dedicada a la sociedad por acciones no debía de superar el marco delimitado por esta institución.

Mas a pesar de esta rigurosa delimitación apriorística, el proyecto de reforma no puede sustraerse a la continuidad de la materia ofrecida por la realidad económica y sus normas se refieren, en principio, a las *uniones de empresas*, aunque las empresas unidas no pertenezcan todas al tipo sociedad por acciones. Pues lo cierto es que si, en muchas ocasiones, la empresa dominante no es una sociedad, es frecuente, sin embargo, que las sociedades dependientes adopten la forma de la sociedad por acciones (65).

A pesar de estos desajustes sistemáticos la inclusión en los proyectos de reforma de una parte dedicada a regular las uniones de empresas es indispensable, porque la preparación de un derecho comprensivo de todas las formas de empresa requiere un tiempo demasiado dilatado, durante el cual no puede renunciarse a la protección debida a los intereses de los accionistas participantes en sociedades incluidas en uniones de empresas (66).

B. La finalidad de la reforma en este punto se limita a regular aspectos del derecho de sociedades.

1. La intención del proyecto no es la de luchar contra la concentración. Este fenómeno económico, característico de la economía del momento presente, ofrece, junto a sus aspectos negativos, aspectos indudablemente beneficiosos para la comunidad política en la cual se desarrolla. Para impedir los males que pudiera producir el abuso del poder económico creado en esas concentraciones se ha promulgado ya otra ley —el *Kartellgesetz* de 1957—, a la cual se atribuye la protección y el mantenimiento de un mercado de libre competencia. La realidad, por otro lado, ha impuesto las uniones de empresa como elementos participantes en la vida económica y querer prescindir de ellas, chocaría con la realidad.

(64) La disección de los problemas atinentes al derecho de sociedades se hace por WÜRDINGER, *Sind auf dem Gebiete...*, cit., págs. 14 y ss.

(65) V. *Denkschrift BPB*, pág. 47.

(66) Así el *Vorstand der Schutzv. f. Wertp...*, cit. KLOSE, pág. 89.

La actitud neutral de los proyectos hacia el fenómeno de la concentración ha sido alabada tanto por los autores que han examinado la problemática suscitada por ellos (67), como por los círculos económicos directamente afectados por la regulación prevista. La cuestión propuesta en este momento al legislador no es, pues, la de averiguar si una concentración es perjudicial para la economía, sino la de averiguar en qué medida la nueva formación puede demandar el sacrificio de las sociedades anteriormente existentes, estableciendo las normas necesarias para que el sacrificio de intereses perteneciente a los accionistas anteriores se realice contra una compensación.

2. La finalidad del proyecto consiste en resolver el conflicto de intereses, planteado entre el interés del grupo y el interés de sus miembros mediante "una ordenación diáfana de la competencia orgánica y responsabilidad de los órganos sociales y un equilibrado sistema de acuerdos mayoritarios y derechos de la minoría" (68).

La protección de la estructura orgánica de la sociedad por acciones como un bien con valor propio ha sido deshechado conscientemente en el proyecto de reforma. La estructura orgánica de la sociedad por acciones es un instrumento para la defensa de ciertos intereses, pero no un fin en sí misma. Por ello no se ha utilizado la reforma para una modificación de los órganos sociales que permitiera el ejercicio de un poder.

a) El tipo social regulado por las leyes es el de una sociedad independiente, con una pluralidad de accionistas cuyas participaciones poseen aproximadamente el mismo valor y en la cual, por lo tanto, el interés de los socios es aproximadamente homogéneo, de suerte que la solución de los conflictos de intereses pueden confiarse al funcionamiento del principio mayoritario. Pero si un socio posee la mayoría, se pierde esta homogeneidad entre los intereses del grupo y el remedio de impugnar el acuerdo perjudicial no se ha mostrado eficaz (69).

La base real de la cual han partido tanto el RefEnt (70) como el RegEnt es que existe una abierta diferencia entre la sociedad independiente (71) cuyas acciones están repartidas en un amplio sector

(67) HENGELER y KREIFEIS, *Absicht und Wirklichkeit...*, cit., pág. 40. V. también KROPPF, *Konzernrechtliche Vorschriften...*, cit., pág. 173. Sin embargo, en algunos puntos concretos se señalan infidelidades del proyecto a este pensamiento: p. ej., con la conclusión forzosa de un contrato de dominación se impide —o dificulta extraordinariamente— la subsistencia de grupos fácticos de empresas.

(68) Según SCHÄFFER, *Die Aktienrechtsreform...*, cit., pág. 1258. Sobre la conveniencia de excluir de la reforma preceptos de carácter institucional. v. RASCH, *Gewinnabführungsvertrag...*, pág. 170, oponiéndose a la inclusión de representantes de la minoría en el consejo de vigilancia, propuesta por FISCHER.

(69) Sobre la necesidad de regular la sociedad por acciones con un gran capital y de gran trascendencia para la estructura económica, v. PORTHOFF, *Neue Unternehmensform vordringlicher als Aktienrechtsreform*, DB, 1957, págs. 49 y ss.

(70) V. para el EntI, las explicaciones de SCHÄFFER, *Selbstfinanzierung und Konzernrecht*, págs. 60 y ss.; PLEYER, *Aktienrecht und Unternehmenskonzentration*, pág. 8.

(71) La junta general decide en estas sociedades de acuerdo con la mayoría

del público (72) y las sociedades que, cualquiera que sea el montante de su capital, están dominadas por un gran accionista —sobre todo si éste no es una persona privada, sino un empresario—, a cuyos intereses económicos puede sentirse inclinado a sacrificar los intereses de la sociedad de la que es socio mayoritario, no ya, sólo, mediante el ejercicio de su voto, sino incluso mediante el ejercicio de su influencia sobre el órgano administrativo.

Los riesgos que amenazan los intereses de la sociedad dependiente se acrecientan, considerablemente, cuando se constituye un grupo de empresas entre varias empresas dependientes y la empresa dominante a cuyo poder de dirección quedan todas sometidas (73).

b) El problema del derecho de los grupos consiste en determinar las relaciones entre el interés del grupo, como unidad económica que se ha creado, y el interés de los miembros del mismo, y, eventualmente, las circunstancias dentro de las cuales puede permitirse el predominio del interés del grupo, estableciendo a continuación los preceptos pertinentes para delimitar claramente la responsabilidad en que incurren los infractores del ordenamiento establecido (74).

El principio fundamental sobre el cual descansa la estructuración de los intereses en el grupo, es el de que no puede concederse ninguna preponderancia al interés del grupo frente a los intereses individuales de sus miembros (75).

Pero las realidades económicas, de las que el jurista no puede prescindir si pretende realizar una obra duradera y funcionalmente valiosa, impiden una vigencia incondicionada del principio más arriba mencionado. Existe ciertamente una unidad económica, cuyo interés puede realizarse por encima de los intereses de las sociedades integrantes, siempre que los accionistas obtengan una compensación adecuada por los daños que se les originen a consecuencia del acto perjudicial. Pero la licitud de conductas que persiguen la satisfacción del interés superior del grupo desaparece tan pronto como existe un perjuicio del interés de los accionistas externos, no compensando en alguna manera, o de los acreedores. En el perjuicio incondicionado de estos intereses encuentra su límite natural la realización de los in-

de capital representado en la junta, lo cual representa que el poder de decidir sobre la marcha de la sociedad comporta el riesgo consiguiente.

(72) Al estar distribuidas entre un gran sector del público las acciones de una sociedad, los intereses de los titulares adquieren carácter homogéneo. Pero, al mismo tiempo, se corre el riesgo de que una minoría —relativamente pequeña— organizada decida de los asuntos sociales, frente a la mayoría, que, por la pequeñez de su participación, se abstiene de participar en la administración de la sociedad. Este dato constituye el punto de partida para proponer una reforma de estas grandes sociedades, cuyo dominio por un accionista minoritario es más fácil que en el caso de una sociedad de un número de socios relativamente pequeño.

(73) Así SCHÄFFER, *Selbstfinanzierung...*, cit., pág. 61.

(74) SCHÄFFER, ob. y loc. cits., donde se hace hincapié en la primera parte del planteamiento, aunque las otras dos aparecen lógicamente como consecuencia de la primera.

(75) Así lo proclama SCHÄFFER, ob. y loc. cits. v., más adelante, al tratar del poder directivo y de la responsabilidad —sobre todo en los grupos fácticos.

tereses superiores, invocados para exonerarse de responsabilidad los órganos.

La concepción general del proyecto continúa apoyándose sobre la necesidad de que la empresa dominante y la sociedad por acciones celebren un contrato de dominación —y, en determinadas circunstancias (§§ 308 y sig.), un contrato de incorporación—, a fin de hacer perceptibles las relaciones entre las empresas y que entren en juego las normas cautelares previstas para estos supuestos. A la conclusión de un contrato de este tipo acompaña inexcusablemente, un conjunto de medidas que garantizan a los socios y acreedores el mantenimiento del contenido económico de su posición jurídica. Para lograr la conclusión de un contrato de este tipo se utiliza un instrumento, que, aunque suavizado en la redacción del Ent II, sigue siendo extraordinariamente riguroso, ya que consiste en imponer a la empresa dominante de hecho la responsabilidad por los daños que, sin compensarse con ninguna ventaja, se originen de las medidas inspiradas por la empresa dominante.

Contra la concepción del proyecto de fundar el poder directivo de la empresa dominante sobre un contrato se ha insinuado, pero sin desarrollar el argumento, que, en ciertas circunstancias, puede ser inconveniente la conclusión de un contrato de concentración entre la empresa dominante y la sociedad por acciones dominada (76).

Desde el punto de vista de su viabilidad, se ha puesto de manifiesto (77) que, en ciertos casos, la empresa dominante, a pesar de poseer más de la mitad de las acciones de la sociedad dominada, no podrá concluir el contrato necesario para fundar jurídicamente su posición de señorío, porque la minoría, poseedora del 25 % de las acciones, impedirá que la junta adopte el acuerdo necesario para la efectividad de aquél. En esta situación, la empresa —a la cual, según el § 16, se la considera dominante por la posesión de más de la mitad de las acciones de una sociedad—, no tiene más salida que someterse a las rigurosas consecuencias previstas para el ejercicio de un poder de hecho ... o esforzarse por adquirir en el mercado las acciones suficientes para poder adoptar el acuerdo necesario, con la consecuencia del encarecimiento consiguiente de las acciones y, ulteriormente, con el fortalecimiento de una concentración, a la cual no se opone el legislador ciertamente, pero que tampoco puede desearse (78). Por otro lado, este peligro de fortalecer la concentración de los capitales está latente en el sistema puesto que, prescindiendo del caso límite señalado, es claro que la empresa dominante puede con-

(76) FLUME, *Der Referententwurf...*, cit., pág. 22.

(77) Primero por FLUME, ob. y loc. cit., y luego, por HARTMANN, *Konsernrecht und Aktienrechtsreform*, cit., pág. 65.

(78) HARTMANN, ob. y loc. cit. La consecuencia era más injusta en el sistema del RefEnt, que establecía para los grupos de hecho una responsabilidad objetiva.

vertirse en accionista único de la sociedad si opta por adquirir sus títulos (79).

C. En la primera parte del proyecto se incluyen unos preceptos destinados a fijar el campo, al cual se aplicarán las normas contenidas en el libro tercero.

1. El concepto de “uniones de empresa” comprende cuatro formas distintas, que, a su vez, constituyen conceptos que se interfieren recíprocamente (80). Son uniones de empresas la empresa dominante y dependiente, las empresas agrupadas, las empresas recíprocamente dependientes o que constituyen los elementos personales de un contrato de empresa § 15.

Los proyectos de reforma no han contemplado expresamente las uniones personales (*personelle Verbindungen*) (81). Bajo esta denominación pueden comprenderse las relaciones entre empresas que surgen cuando una de ellas ha delegado personas dependientes de la misma para que actúen, promoviendo la realización de ciertos intereses, en otra distinta (82). La problemática originada por el ejercicio de una influencia decisiva (*massgebende Einfluss*) mediante uniones personales se halla situada entre los preceptos contra los abusos de influencia (§ 101 AktGes) y los que rigen las relaciones entre empresa dominante y dependiente (83).

Este *neues Oberbegriff* de uniones de empresas ha sido criticado por Würdinger (84), porque los supuestos que abarca no poseen una justificación unitaria en el plano de la política jurídica que permita someterlos a unas consecuencias jurídicas unitarias como hace el proyecto. La situación de dependencia de una empresa es relevante a estos efectos, desde la perspectiva del influjo que la empresa dominante puede ejercitar en la dependiente a través de la composición del Consejo de vigilancia y, en último extremo, del órgano administrativo. Ahora bien, equiparar este supuesto de hecho al del grupo no es adecuado ni a la coherencia sistemática del ordenamiento de las sociedades anónimas, ni a las necesidades reales que se deducen de la pura participación accionista.

Però el § 15 no tiene más finalidad técnica que simplificar las remi-

(79) Así FLUME, *Der Referententwurf...*, cit., pág. 20; HENGELER y KREIFELS, *Absicht und Wirklichkeit*, pág. 39.

(80) KROFF, *Konzernrechtlichen Vorschriften...*, cit., pág. 194.

(81) Esta expresión neutral es más comprensiva que las de *persönliche Verflechtungen* o *personelle Verflechtungen* —utilizadas también para designar el mismo fenómeno— porque estas últimas presuponen una más intensa unión —p. ej., existe también una unión contractual o basada en la participación en el capital social—: v. PLEYER, *Die personelle Verbindungen im Aktienrecht*, Die AG, 1962, pág. 205, nota 1.

(82) PLEYER, ob. y loc. cit., con indicación de materiales y bibliografía.

(83) Así PLEYER, ob. cit., pág. 213. Sobre la cuestión de la dependencia, v. más adelante.

(84) WÜRDINGER, *Zur Reform des Konzernrechts*, págs. 279 y ss.; KÖHLER, *Der Referententwurf...*, cit., pág. 112.

siones que se hagan a las cuatro situaciones descritas en el § 15. No constituye, sin embargo, una descripción material de un grupo especial de empresas. Con él quieren evitarse las dificultades interpretativas originadas por la segunda parte del § 15 AktGes, sobre todo cuando se ponía en relación con el § 76, 4 del BtrVg (85).

2. La caracterización de las distintas situaciones enumeradas se realiza por los siguientes preceptos, en los cuales no deja de existir normas con carácter más general.

a) Los conceptos de empresa dominante (*herrschendes Unternehmen*) y empresa dependiente (*abhängiges Unternehmen*) varían en relación con los establecidos por el AktGes, en cuanto que, aun sin romper abiertamente con ellos, pretende esclarecer las dudas suscitadas en el régimen vigente. La situación de dependencia es caracteriza porque la empresa dominante puede ejercitar mediata o inmediatamente, sobre la dependiente un influjo dominante (§ 16). Este influjo puede basarse sobre los más diversos fundamentos —incluso sobre relaciones fácticas, aunque sea extraño que éstas bastan para ello— renunciando, por lo tanto, el proyecto a una enumeración que considera imposible, con lo cual salva la discusión nacida alrededor de la anterior redacción.

A diferencia del grupo de empresas —cuyo concepto exige que la dirección unificadora del grupo se ejerza de hecho— basta para la existencia de la relación de dominio que el influjo pueda ejercerse aunque, de hecho, no sea así.

Para establecer cuando se da la posibilidad de influjo, prescribe el proyecto que se presume, sin posibilidad de probar en contra, que existe cuando la empresa dominante posee la mayoría de las participaciones (*Anteile*) o de votos. El cálculo de esta mayoría se realiza teniendo en cuenta la relación del capital nominal de la empresa dependiente con el total de las participaciones poseídas por la dominante. Para potenciar la eficacia del precepto y evitar fraudes, se prescribe que en esta última cifra han de incluirse las participaciones poseídas por una empresa dependiente (86).

b) Sobre el primer apartado del § 15 AktGes de 1937, la doctrina alemana ha constituido un concepto de grupo de empresa (*Konzern*) (87) acerca de cuyas notas existe práctica unanimidad en comentarios y en obras sistemáticas. Se trata de un conjunto de empresas que, manteniendo su independencia jurídica, están

(85) Así *Beg.* al § 16. V. también los comentarios al AktGes de 1937, § 15: para los problemas que presentaba la aplicación de las normas del AktGes en el ámbito de la constitución de la empresa, NEUMANN-DUESBERG, *Probleme des Betriebsverfassungs- und Konzernrechts*, ZHR, 118 (1955), págs. 35 y ss.

(86) V. *Beg.* al § 16, que lo basa en una mayor fidelidad a la realidad económica.

(87) La distinción de los conceptos de *Kartell* y *Konzern* es constante en la literatura alemana sobre el derecho de la competencia. El primero tiene aplicación en el *Kartellgesetz*, mientras que es el segundo el que tiene importancia para el asunto tratado en el texto.

sometidas a una dirección unitaria, para obtener fines económicos. Esta última característica, especialmente subrayada por Schmidt (88) y Godin-Wilhelmi (89), excluyen del concepto de grupo definido por el § 15 aquellas uniones de empresas cuyas finalidades son de carácter ideal. Por considerarse superflua esta exigencia, el proyecto la ha suprimido.

El problema principal que la redacción del § 15 AktGes suscitó en la literatura dedicada al esclarecimiento de la ley de 1937 era el de fijar si la situación de dependencia descrita en el segundo apartado del § 15 constituye una subespecie (*Abart*) del género más amplio del grupo (*Konzern*) o es una hipótesis independiente.

Al configurar el proyecto los conceptos de grupo y de empresa agrupadas (*Konzernunternehmen*), el § 17 separa, con finalidades aclaratorias, los casos de *Unterordnungskonzern* y de *Gleichordnungskonzern*, cuya eficacia normativa es distinta.

a') La primera modalidad se caracteriza porque la empresa dominante ejercita la dirección única de una o varias empresas dependientes —jurídicamente independientes (90)—, que son las *Konzernunternehmen*. La agrupación de presume, sin admitir prueba en contrario, cuando la relación de dominio se basa en un contrato de este tipo (*Beherrschungsvertrag*) o cuando la empresa dependiente está incorporada (*eingegliedert*) en la dominante. Mientras no se pruebe lo contrario, se presume que la empresa dominante y la dependiente forman un grupo de empresas. Con ello se pretende fortalecer la postura del censor de las cuentas formuladas por el grupo de empresas como unidad económica. Ni se exige que la dirección única se ejerza con finalidades económicas, ni se prescribe la intensidad y forma de la dirección por el proyecto. Esta última precisión es imposible por la multiplicidad de formas existentes en el tráfico e inconveniente porque, con ella, se restringiría inadecuadamente el ámbito del concepto. Existe dirección única cuando la dirección del grupo determina la política negocial de las sociedades incluidas en el grupo, sin nece-

(88) SCHMIDT, en *Grosskomm. AktGes.*, I, pág. 83.

(89) GODIN-WILHELMI, *Komm.*, pág. 46. V. también BAUMBACH-HUECK, *Komm.*, pág. 25.

(90) El mantenimiento de la independencia jurídica de las sociedades agrupadas obedece —o puede obedecer— a un interés digno de tutela jurídica. Por lo que se refiere a las relaciones externas, la sociedad dependiente es frecuentemente conocida en el tráfico, posee una firma, tiene clientela propia, aviamiento independiente, circunstancias todas que aconsejan que siga funcionando en el tráfico. Por otro lado, desde el punto de vista de la organización de la empresa, puede ser conveniente mantener una descentralización de la misma mediante órganos administrativos independientes, que desaparecerían al transformarse las empresas de las sociedades unificadas en meras explotaciones técnicas. Igualmente, es conveniente conservar la posibilidad de una fácil separación en caso de que lo aconsejen las cambiantes circunstancias económicas. Por último, se ahorran los gastos que pudiera producir una fusión en el plano fiscal: v. WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 189.

sidad de que aquella esté jurídicamente autorizada para dar instrucciones (91).

b') El párrafo 2 trata del *Gleichordnungskonzern*. Se trata en este caso de empresas jurídicamente independientes, sometidas a una dirección única, pero sin que unas dependan de las otras. La dirección puede unificarse, bien mediante la creación contractual de un órgano común al cual se haya atribuido esa facultad, bien porque las participaciones se hallen reunidas en manos de una persona que no pueda considerarse empresario.

c') Las dos categorías de grupos pueden estar, a su vez, unidas (92). Las empresas que pertenecen al grupo se denominan, en ambos supuestos, empresas agrupadas (*Konzernunternehmen*).

c) Para solucionar las dudas sobre la inclusión o no de las empresas recíprocamente participantes dentro del concepto de dependencia, el § 18 introduce el concepto correspondiente —desconocido en el AktGes de 1937—, considerando que el recíproco influjo dominante convierte a ambas empresas en dependientes (93). Pero la relevancia general del fenómeno comienza a partir del momento en que la reciprocidad de las participaciones sobrepasa ciertos límites cuantitativamente determinados (94).

d) A las situaciones expresamente mencionadas por el § 15 han de añadirse las sociedades incorporadas (*eingegliederte Gesellschaften*: § 308 y ss.) las cuales son equiparadas, en lo esencial (95), a aquéllas (96). Las sociedades incorporadas son sociedades que han celebrado un contrato especial con otras sociedades por acciones que son titulares de la totalidad —o, al menos, del 95 %— de todas sus acciones.

(91) V. lo que más adelante se dice acerca de la estructura y consecuencias del llamado grupo fáctico de empresas.

(92) Expresamente reconocida esta posibilidad en el Proyecto: v. *Beg.*, página 102.

(93) *Beg.*, pág. 102. Para la problemática suscita por esta situación durante la vigencia del AktGes de 1937, v., fijando los términos del planteamiento y las posibilidades de solución del problema, WINTER, *Die wechselseitige Beteiligung von Aktiengesellschaften*, (Köln, 1960).

(94) La situación de recíproca participación posee una problemática propia, que se examina en otro lugar.

(95) RASCH, *Richtige und falsche Wege...*, cit., pág. 34.

(96) Sobre el régimen de esta situación y sus diferencias con el de la situación creada mediante la conclusión de un contrato de empresa, v. más adelante.

LOS GRUPOS DE EMPRESAS FUNDADOS CONTRACTUALMENTE

§ 1

LOS CONTRATOS DE EMPRESA: SIGNIFICADO Y CARACTERIZACIÓN

- I. GENERALIDADES.—A. Concepto.—B. La conexión de la disciplina vigente en el AktGes y la introducida por los Proyectos de reforma: 1. Los tipos contractuales. 2. La formación del contrato: a) Aprobación por la junta general; b) La posible modificación de los estatutos.—II. Los TIPO; CONTRACTUALES PREVISTOS POR EL PROYECTO.—A. Los contratos de organización: 1. El contrato de dominación (*Beherrschungsvertrag*): a) Las discusiones alrededor del *Organschaftsvertrag*; b) El contrato de instrucción (*Weisungsvertrag*) en el RefEnt; c) El contrato de dominación en el Proyecto del Gobierno: a') Concepto; b') Crítica. 2. El contrato de cesión de beneficios.—B. Los contratos de carácter obligatorio: 1. Referentes a los beneficios sociales: a) La comunidad de beneficios; b) La cesión parcial de beneficios. 2. Referentes al establecimiento de la sociedad: a) El arrendamiento de establecimiento; b) La cesión de establecimiento; c) La gestión por cuenta ajena del establecimiento.—C. Los tipos contractuales excluidos.

I. Las uniones de empresas (*verbundene Unternehmen*) pueden descansar sobre la existencia de un contrato adecuado para fundar la dirección unitaria que caracteriza a los grupos. Correlativamente, los proyectos de reforma regulan los contratos de empresa, que, por su causa y por su estructura, son idóneos para constituir un grupo de empresas en una de las dos modalidades examinadas anteriormente.

La regulación de los contratos de empresa prevista por los Ent I y Ent II encuentra en la opinión pública alemana una viva resonancia (1) y obtiene, en principio, una favorable acogida, porque con ella se resuelven en sentido positivo las dudas existentes (2) sobre su admisibilidad en el derecho vigente de la sociedad anónima (3), reco-

(1) Referido por POHLE (*Konzernrecht —insbesondere Konzernabschluss—*, Die AG, 1960, pág. 311) al RegEnt, pero aplicable igualmente al segundo Proyecto, en el cual salvo las modificaciones que se verán— se mantienen las mismas líneas generales.

(2) Así, p. ej., POHLE, *Zur Neuordnung...*, cit., pág. 120 y la *Gemeinsame Denkschrift*, pág. 76. V., en contra, WÜRDINGER, *Betrachtungen...*, pág. 16. La cuestión ha desaparecido en el RegEnt al dictar preceptos que expresamente excluyen la incompatibilidad entre los contratos de empresa y la sociedad anónima.

(3) Estas cuestiones se tratan más adelante, sobre todo al examinar el contrato de dominación (*Beherrschungsvertrag*).

nociendo, además, ciertas facultades de dirección a las empresas dirigentes del grupo. Pero ha sido también objeto de críticas, dirigidas, más que contra el conjunto de los preceptos que integran esta parte, contra ciertas particularidades de la regulación prevista.

Por otro lado, esta parte de los proyectos no es absolutamente nueva, sino que algunos tipos contractuales son ya previstos por el AktGes de 1937, pudiéndose decir, en términos generales, que constituyen una generalización de las normas contenidas en dicha ley y, al mismo tiempo, un fortalecimiento de la posición de la sociedad y de los socios mediante el establecimiento necesario de garantías para conservar la sustancia económica de sus derechos.

A. La nueva denominación de contratos de empresa (*Unternehmensverträge; Unternehmensverträge*; Würdinger), utilizada ya por el primer proyecto, indica que lo típico de estos contratos es que modifican la estructura de la empresa y que, por regla general, son celebrados entre sujetos que, conforme al ordenamiento jurídico alemán, son calificados como empresarios (4).

Esta categoría no ha pasado sin críticas, porque se ha estimado que los tipos estructurales comprendidos en ella no poseen idéntica estructura ni persiguen las mismas finalidades, por lo cual la regulación parcialmente unitaria que se establece por el proyecto —conclusión, modificación y terminación— es difícilmente adaptable a todas las hipótesis previstas (5).

B. El AktGes 37 (6) ya regulaba algunos de los tipos contractuales mediante los cuales podía realizarse la inserción de una sociedad por acciones en un grupo de empresas, completando así lo dispuesto en el § 15 (7). El § 256 AktGes recoge en sus dos primeros apartados las distintas hipótesis contractuales (8) que, en el tercero

(4) Así *Beg*, pág. 215.

(5) WÜRDINGER, *Zur Reform...*, cit., pág. 232. Los tipos contractuales recogidos por el § 281 coinciden parcialmente con los recogidos por el § 256 AktGes, radicando su característica común en que la sociedad cesa de explotar su empresa por cuenta exclusiva de sus propios accionistas. En el contrato de comunidad de ganancias, la sociedad continúa explotando su empresa también por cuenta de un tercero; si cede en arrendamiento su empresa, la sociedad se convierte en una sociedad rentista; incluso puede suceder que la sociedad continúe explotando su empresa, pero por cuenta exclusiva de un tercero, y sin tener, por lo tanto, la intención de obtener ganancias para sí. La caracterización de los diversos tipos contractuales se hace más adelante.

(6) En este apartado no se consideran más que los puntos imprescindibles para poder explicar la conexión de los textos del RegEnt con la disciplina anterior del AktGes. Por ello, la caracterización —en los límites precisos para este trabajo— de los contratos del § 256 AktGes termina de hacerse al tratar de los mismos en el Proyecto de reforma.

(7) GONDIN-WILHELMI, *Komm.*, pág. 1065.

(8) En resumen de las discusiones alrededor de los textos del AktGes puede verse en PLEYER, *Aktienrecht und Unternehmenskonzernation*, Die AG, 1959, págs. 7 y ss. y 39 y ss. Para la información sobre los problemas de esta ley, los comentarios a la misma, y, de una manera especial —por su proximidad a la reforma y por su carácter resuntivo—. SCHILLING, en *Grosskomm. AktGes*, II

y último, regula unitariamente en el sentido de someterlos al requisito de la aprobación de la junta general mediante un acuerdo adoptado con ciertos requisitos (9).

1. De los tipos contractuales es la comunidad de beneficios (*Gewinngemeinschaft*) (10) la que merece mayor atención, dedicándole el primer apartado íntegramente, mientras que los restantes tipos se recogen, conjunta y alternativamente, en el segundo. Característica común a todos estos contratos es la de que, después de su celebración, desaparece la independencia económica de la sociedad por acciones (11).

a) El contrato de comunidad de beneficios adquiere relevancia jurídico-social cuando, por sí solo o en conexión con otros contratos del mismo tipo, impone a la sociedad el deber de ceder a un tercero más de las tres cuartas partes de sus ganancias.

a') El contrato al que se refiere expresamente el § 256 (1), AktGes es el contrato de comunidad de beneficios. Por lo cual, caen fuera de su ámbito los contratos que se refieren exclusivamente a una parte de la actividad empresarial. Las prestaciones de las partes son de carácter económico, procedentes de su actividad económica. En principio no afecta a la posición jurídica de sus órganos, los cuales continúan desarrollando bajo su responsabilidad el objeto social. Pero, de hecho, en casi todas las ocasiones, existe una cierta organización común, en la cual participan las empresas obligadas, encargada de establecer las bases de una común política económica (12).

b') Pero juntamente con esta hipótesis, contempla el AktGes el contrato de cesión de beneficios, en el cual no existe la reunión del beneficio producido por las partes contratantes, sino que la sociedad por acciones cede sus ganancias a la parte contra-

(Berlín, 1962), págs. 600 y ss., con bibliografía. También son interesantes los comentarios a los §§ 705 y ss. del BGB: v. GEILER, en STAUDINGER, *Kommentar z. BGB*.

(9) El § considerado en el texto se contiene en la segunda parte del libro III (Fusión. Transmisión del patrimonio. Modificación). La agrupación de la comunidad de beneficios (*Gewinngemeinschaft*) con la transmisión del patrimonio (*Vermögensübertragung*) se justifica por la Exposición de Motivos del AktGes de 1937 en el hecho de que la primera constituye frecuentemente la preparación para una fusión o para una transmisión del patrimonio. Por ello es necesario proteger a los accionistas externos frente a la abdicación de su independencia económica por parte de la sociedad.

(10) Esta rúbrica, aplicable a todas las hipótesis contenidas en el § 256, no ha sido, según GODIN-WILHELM, *Komm.*, pág. 1067, bien elegida porque en los tres últimos existe comunidad de beneficios.

(11) SCHILLING, en *Grosskomm. AktGes*, II, pág. 601.

(12) Sobre esta cuestión, v. especialmente BÜHLER, *Steuerrecht der Gesellschaft und Konzerne* (Berlín-Frankfurt/M, 1956, 3.ª ed.). También hay indicaciones interesantes en RASCH, *Deutsches Konzernrecht* (Köln-Berlín, 1955, 2.ª ed. reelaborada); FIEDLANDER, *Konzernrecht* (Berlín, Frankfurt/M, 1954, 2.ª ed.). Las particularidades más interesantes se hallan reseñadas —como fase previa para su crítica— en *Übermäßige Konzentration, ihre Gefahren und Möglichkeiten der Eindämmung*, editado por la *Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer* (ASU, e. V), (Bonn, 1959) —especialmente, págs. 27 y ss.—.

ria. Constituye uno de los elementos caracterizadores del contrato —no previsto expresamente por el AktGes, pero extraordinariamente difundido en la práctica y disciplinado en su aspecto fiscal—, conocido bajo la denominación de *Organschaftsvertrag*, que, en la nueva ordenación proyectada, adquiere independencia conceptual.

b) De forma puramente descriptiva, el mismo apartado se refiere a otros tres tipos contractuales cuya nota común es la de que el beneficio producido por la empresa social se adquiere no por la misma sociedad, sino por un tercero que, para ello, satisface una remuneración (13).

a') En primer lugar, se prevé el arrendamiento de la explotación de la empresa social. La sociedad deja de gestionar directamente la explotación y obtiene su beneficio en forma de contraprestación que la empresa arrendataria le paga por el uso de aquella. A este contrato se refieren, en mayor o menor medida, el resto de los tipos contractuales previstos y, en especial, el *Betriebsüberlassungsvertrag*, con el cual queda, en ocasiones, agrupado el arrendamiento bajo la denominación genérica de contratos de transmisión de explotación en sentido amplio (14).

b') El § 256 AktGes se refiere a un contrato mediante el cual la sociedad por acciones entrega a otra persona la explotación de su empresa de modo distinto al previsto para el arrendamiento. Este contrato es conocido bajo el nombre de *Betriebsüberlassungsvertrag*. Dentro del mismo se comprendían, a la vista del § 256, II AktGes (15), contratos en los cuales una empresa asumía, a cambio de una contraprestación, la gestión del establecimiento mercantil por cuenta de la sociedad propietaria, actuando frente a terceros bien en nombre propio (16), bien en nombre de la sociedad (17).

c') El mismo § regula también un contrato por el cual la sociedad se compromete a gestionar su empresa por cuenta de otra persona, a cambio de una contraprestación que ésta última paga a la sociedad —*Betriebsführungsvertrag* (18) o *Indienstellungsvertrag* (19)—. La sociedad titular de la explotación afectada por el contrato puede actuar en nombre de la empresa por cuya cuenta actúa, en

(13) Así GODIN-WILHELMI, *Komm.*, pág. 1067.

(14) Así se estima de manera casi general por la literatura alemana.

(15) Así RASCH, *Konzernrecht*, pág. 62. Tales contratos se llamaban en la práctica *Betriebsführungs— (Verwaltungs—) vertrag*, pero, de acuerdo con la terminología del AktGes, han de llamarse *Betriebsüberlassungsverträgen*.

(16) Tal es la única hipótesis comprendida por GONDIN-WILHELMI *Komm.*, pág. 1067, comprendida en el *Betriebsüberlassungsvertrag*.

(17) Las posibles modalidades de este contrato, no aceptadas unánimemente, en SCHILLING, en *Grosskomm.*, II, pág. 668.

(18) BAUMBACH-HUECK, *Kommentar* (München u. Berlin, 1962), pág. 866. La denominación utilizada por el RegEnt es la de *Geschäftsführungsvertrag* (v. más adelante las razones que justifican el cambio de denominación).

(19) V. WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 196; GODIN-WILHELMI, *Komm.*, pág. 1067.

virtud del poder que ésta última le confiere (20), pero también en nombre propio (21).

2. Sólo la formación del contrato es objeto de regulación por el § 256 AktG, quedando el resto del esquema negocial abandonado a la libertad contractual (22) que, entre otros, hallará los límites establecidos en el propio ordenamiento de las sociedades anónimas.

a) El requisito de la aprobación por la junta general —impuesto exclusivamente para la conclusión del contrato, pero no para su modificación o extinción (23)—, constituye una limitación al ilimitado poder de representación con que el § 70 AktGes dota al órgano administrativo (24). En la estructura del contrato, el acuerdo aprobatorio representa un requisito de eficacia, que puede emitirse con anterioridad a la celebración del contrato (*Einschließung* § 183 BGB), o con posterioridad (*Gemehmigung*: § 185), retro trayéndose sus efectos a la celebración del contrato por los administradores (25), tan pronto como éstos comuniquen a la otra parte contractual el consentimiento de la junta (26).

Fuera del consentimiento emitido por la junta, no se exige ningún otro requisito. Ni la documentación, notarial o judicial, del acuerdo (27) ni la inscripción del acuerdo en el registro mercantil (28).

Los requisitos que deben de concurrir en el acuerdo aprobatorio de la junta se recogen por la última parte del § 256. En principio requiere que el acuerdo se adopte con una mayoría que, al menos, represente las tres cuartas partes del capital asistente a la junta. Los estatutos pueden establecer otros requisitos —mayoría de capital más elevada ...— (29).

b) Una cuestión importante propuesta por la celebración de estos contratos bajo el régimen del AktGes es la de averiguar si ellos implican o no la modificación de los estatutos sociales. En caso afirmativo habrían de aplicarse los preceptos correspondientes a estos cambios. Esta solución se apoya sobre la consideración de que tales contratos afectan a la constitución y al fin de la sociedad tan decisivamente como los otros cambios previstos por el § 146 Akt-

(20) Única posibilidad reconocida por SCHILLING, en *Grosskomm.*, II, pág. 609.

(21) Contra la identificación de este contrato con el *Organschaftvertrag*, mantenida por RASCH y HUECK, v. SCHILLING, ob. y loc. cit.

(22) Así, expresamente, TEICHMANN-KÖHLER, *Kommentar*, pág. 256; SCHILLING, ob. cit., pág. 601.

(23) Así concordes los comentarios: GODIN-WILHELMI, pág. 256; TEICHMANN-KÖHLER, pág. 539; SCHILLING, en *Grosskomm. AktG*, II, pág. 610, sólo para la eliminación de una parte del contrato.

(24) SCHILLING, ob. y loc. cit.; TEICHMANN-KÖHLER, ob. y loc. cit.

(25) TEICHMANN-KÖHLER, ob. y loc. cit.

(26) BAUMBACH-HUECK, *Komm.*, pág. 515.

(27) BAUMBACH-HUECK, ob. y loc. cit. en nota anterior.

(28) Así unánimemente los comentarios al § 256 AktGes. Constituye una consecuencia de no considerar estos contratos como una modificación de los estatutos sociales.

(29) V. en este punto la regulación prevista en el AktGes para la modificación del objeto social.

Ges (30). El § 256 AktGes no hace más que establecer un requisito para la celebración de los contratos previstos, pero deja intocada la cuestión aquí planteada, que habrá de resolverse en función del significado que tales actos poseen en el tipo social.

Según Pleyer, la celebración de uno de los contratos previstos por el AktGes afecta a los principios fundamentales de la sociedad anónima como figura jurídica y sus requisitos no pueden establecerse sólo en función del § 256. Por lo tanto, si los estatutos no habían previsto que tales contratos pudieran celebrarse por mayoría, se requerirá la unanimidad para la reforma de los estatutos y, ulteriormente, el acuerdo autorizativo de la junta con la mayoría prevista legalmente por el § 256. Por el contrario, si ya se ha previsto en los estatutos que tales contratos pueden celebrarse mayoritariamente, el acuerdo mayoritario ulterior no carece de importancia, sino que significa el asentimiento de los socios a las condiciones contractuales que concurren en el caso concreto (31).

II. La enumeración de los tipos contractuales se realiza en el RegEnt por los §§ 280 y 281. Los contratos, descritos y caracterizados por estos preceptos, no agotan el repertorio de los tipos contractuales mediante cuya conclusión puede constituirse una unión de empresas (31 bis).

La regulación de los *Unternehmensverträge* en el RefEnt difiere de la establecida por el RegEnt. La materia de los contratos de empresa ofrecen en el conjunto normativo del RegEnt una articulación mayor que la presentada en el RefEnt, puesto que se han dividido en dos grupos a cada uno de los cuales dedica un párrafo interpendiente. No se hace referencia en el texto articulado a ninguna calificación dogmática de carácter unitario. Su agrupación está en función de la trascendencia jurídica que los mismos poseen para la estructura de la sociedad por acciones afectada, de suerte que mientras unos —§ 280— son los “contratos de empresa”, los restantes, enumerados y descritos por el § 281, son “otros contratos de empresa”.

La distinción realizada entre los tipos contractuales de carácter orgánico —§ 280— y los tipos de carácter meramente obligatorio —§ 281— está basada sobre criterios jurídicos y su trascendencia es normativa (32). Pero también se corresponde con la importancia que tienen en

(30) Sobre esta discusión, v., además de los comentarios antes citados, DUDEN, *Aktienrechtlichen Fragen zur “Organschaft” mit einem Grossaktionär*, BB, 1957, págs. 49 y ss.; y, en sentido contrario, HUECK, *Zur Frage des Rechtswirksamkeit der Organschaftsverträge*, DB, 1959, págs. 223 y ss. (con posterioridad publicado de nuevo en *Die Aktiurechtsreform* (Teil II). *Beiträge zum Referententwurf eines Aktiengesetzes* (Düsseldorf, s.d.), págs. 9 y ss. También MESTMÄCKER, *Verwaltung*, págs. 337 y ss.

(31) PLEYER, *Aktiennrecht...*, pág. 11.

(31 bis) Así lo han hecho notar WÜRDINGER, *Bemerkungen...*, cit., pág. 18; y RAUTMANN, *Probleme...*, cit., pág.

(32) V. más adelante los distintos efectos que producen uno y otro tipo de contratos por lo que se respecta a las garantías para los socios externos y la sociedad contratante.

el tráfico, ya que la comunidad de intereses, muy favorecido en los años veinte de este siglo, ha desaparecido casi totalmente del tráfico. En la actualidad se abandona la técnica de integración entre empresas de igual rango, al preferirse los grupos en que una empresa adquiere el poder directivo sobre las otras, y los contratos referentes a la gestión de la empresa, aunque hayan adquirido cierta relevancia en la práctica fiscal, tienen una difusión localizada en ciertas ramas comerciales —por ejemplo, pequeñas empresas de ferrocarriles— (33).

La elección de los contratos previstos por los §§ 280 y 281 no es —según Würdinger (34)— sistemáticamente congruente con el lugar que ocupan en el proyecto. En efecto, bajo la rúbrica general de contratos de empresa no se comprenden todos los contratos mediante los cuales pueden constituirse los grupos, por lo cual las empresas pueden agruparse sobre la base de contratos distintos a los legalmente enumerados —p. ej., comunidad de intereses sin comunidad de beneficios— (35). Por otro lado, alguno de estos contratos puede no ser apropiado para constituir una unión —o no constituir la en el caso concreto— y, sin embargo, quedan sometidos en todo caso a las consecuencias establecidas por ellos (36). En definitiva, puede afirmarse que la regulación de los contratos de empresa se ha hecho teniendo presente sus efectos para los accionistas y para los acreedores, quedando en un segundo plano su relación con la posible unión de empresas que mediante ellos puede crearse.

A. Los tipos contractuales más trascendentales (*die einschneidendsten Vertragstypen*) y que constituyen una parte especialmente complicada de la regulación total de los contratos de empresa (37) son los previstos por el § 280 RegEnt, porque constituyen la fuente más importante de posibles perjuicios para los accionistas externos (38).

Aunque —como corresponde a su carácter— las observaciones que acompañan al RegEnt no se pronuncian acerca del carácter de estos contratos, la mayor parte de los autores —y también el propio pro-

(33) Estas observaciones se hicieron por RASCH, *Gewinnabführungs-*, pág. 165, cuando se publicó el primer Proyecto, que, en un solo precepto, contenía todos los tipos contractuales, sin distinguirlos en grupos. Aunque algunos de estos contratos no ofrezcan en la actualidad interés político-jurídico, pueden adquirirlo súbitamente, si los empresarios, para adaptar su actividad a las normas jurídicas vigentes, conceden su preferencia a los tipos contractuales que menos cargas les impongan. Y, desde luego, la importancia histórica de estos contratos está fuera de duda: v. lo que se dice en el texto sobre la comunidad de intereses y, más adelante, sobre el contrato de arrendamiento de empresa.

(34) WÜRDINGER, *Betrachtungen...*, cit., págs. 17 y ss.

(35) V., en este sentido, también a RAUTMANN, *Probleme*, pág. 168.

(36) Para las modalidades de este instrumento de concentración, v. sobre todo RASCH, *Konzernrecht...*, págs. 72 y ss.; FRIEDLÄNDER, *Konzernerrecht*, págs. 114 y ss.

(37) V. *Beg.*, pág. 215; RASCH, *Gewinnabführungs- und Weisungsverträge*, pág. 165.

(38) Así se hizo notar por RASCH, *Minderheitschutz im Konzernrecht*, W. 1958, págs. 592 y ss., pág. 519 con relación al *Organvertrag*, que, como se verá, puede englobar los dos tipos contractuales recogidos ahora por separado en el § 280.

yecto— se inclinan a considerarlos como negocios que exceden las meras relaciones obligatorias y se insertan en la estructura jurídico-social, afectando a las relaciones jurídicas existentes entre la sociedad y sus socios (39). El problema de la naturaleza jurídica de estos contratos se ha debatido principalmente con relación al *Organschaftsvertrag* (40). De una concepción puramente obligacionista —que le asimilaba a un mandato (*Auftrag*) o gestión de negocios ajenos (*Geschäftsbesorgungsvertrag*)— mantenida por la primitiva literatura alemana sobre el tema (41), ha pasado a considerarse como un contrato de naturaleza-jurídico-social, en cuanto que la sociedad órgano no gestiona por cuenta ajena negocios extraños, sino que desarrolla su propia actividad empresarial en el interés de la sociedad superior, según las indicaciones que recibe de ésta (42). En el contrato considerado la sociedad órgano actúa con propia voluntad, pero ésta no se determina, en su contenido, autónomamente, sino que —a consecuencia de las modificaciones que, por el nuevo elemento contractual, experimentan las normas rectoras de su voluntad— se orienta a la satisfacción del interés de la empresa superior (43). A pesar del aparente y formal mantenimiento de las competencias establecidas por la ley, materialmente hay un desplazamiento del poder decisorio hacia la empresa dominante (44).

Estructuralmente considerados estos contratos no atribuyen a las partes contractuales derechos y obligaciones, sino que crean en una de ellas el poder de hacer surgir poderes y deberes mediante el ejercicio de la competencia que el negocio le atribuye. Crea, predominantemente, normas abstractas de carácter instrumental, no material. Es un contrato abstracto, desprovisto de causa (*kausalofer Vertrag*) que delimita el

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

(40) La denominación, predominante en la práctica, es menos feliz que otras utilizadas, porque pueden producirse relaciones de aquel tipo (*Organschaftsverhältnisse*) que no se hayan producido por contrato: RASCH, *Sind auf dem Gebiete...*, pág. 12, nota 26.

(41) V. una enumeración de teorías en MESTMÄCKER, *Verwaltung...*, pág. 323; MEISSE, *Zivilrechtliche Probleme der Organschaft* (Frankfurt/M, 1937); HAMBURGER, *Die Organgesellschaft*, en *Gedächtnisschrift für E. Seckel* (Berlín, 1927, pág. 270).

(42) Así, fundamentalmente, BALLERSTEDT, *Handels- und gesellschaftsrechtliche Probleme der Organschaft*, BB, 1956, págs. 813 y ss., pág. 815, abandonando la postura anteriormente mantenida según la cual en el *Organschaftsvertrag* entran, con elementos pertenecientes al derecho de sociedades, elementos puramente obligacionales: *in Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften* (Tübingen, 1949), págs. 161 y ss. —; y, de nuevo, BALLERSTEDT, *Die Verfassung der Aktiengesellschaften und der Organschaftsvertrag*, DB, 1957, páginas 837 y ss.

(43) La distinción entre voluntad ajena (*Fremdwillen*) —que caracteriza al mandatario— y voluntad propia dominada por un extraño (*fremdbestimmten Eigenwillen*) —característica de una situación de *Organgesellschaft*— no es ningún juego de palabras, sino que corresponde a una verdadera distinción: v. BALLERSTEDT, *ob.* y loc. cit.

(44) BALLERSTEDT, *Die Verfassung der Aktiengesellschaft*, pág. 837. Sobre las consecuencias de este hecho, v., más adelante, al tratar de los problemas sobre el poder de decisión y la responsabilidad en los grupos de empresas.

contenido y la extensión de los poderes surgidos del mismo (45). No son, por lo tanto, contratos de cambio en el sentido del § 320 BGB, que atribuyen a las partes el derecho de exigir el cumplimiento de prestaciones. Al menos la sociedad no adquiere el derecho a exigir ninguna auténtica contraprestación (46). No existe reciprocidad jurídica entre el poder que adquiere la sociedad dominante y los derechos que surgen para la sociedad por acciones, y, por lo tanto, no es aplicable el § 320 BGB (47).

La empresa dominante adquiere una competencia funcional en el seno de la sociedad dominada que no adquiriría ni en el caso de que poseyera todas las acciones, ya que los órganos de gestión de la sociedad filial tendrían que continuar dirigiendo la sociedad de la cual son órganos bajo su propia responsabilidad, la cual podría exigirse por cualquier persona que, con anterioridad al transcurso del plazo de prescripción de la correspondiente pretensión, hubiese devenido accionista de esta sociedad (48). En este sentido puede afirmarse que el contrato de organización no obliga a la sociedad frente a terceros, sino que vincula a los órganos sociales en el seno de la sociedad, porque la otra parte contratante no está —una vez celebrado el contrato— como tercero frente a la sociedad.

Ahora bien, aunque examinadas en su conjunto las relaciones entre empresa superior y sociedad órgano, resulta indudable su naturaleza jurídico-social, pueden ser aplicables a algún proceso negocial concreto los principios extraídos de las normas dictadas para el mandato o la comisión (49).

En aras de una mayor fidelidad a la realidad económica se ha postulado la fusión de los dos tipos contractuales previstos en el Proyecto en uno solo, ya que no existe ninguna necesidad de reconocer un tipo de cesión de beneficios aislado de la facultad de impartir instrucciones a la sociedad (50). En realidad, como más adelante se examina, no es necesario que los efectos que caracterizan a ambos se den simultáneamente, sino que pueden darse ambos por separado y, en este caso, las consideraciones que se han hecho sobre la naturaleza del *Organschaftsvertrag* son aplicables al contrato de cesión de beneficios (51).

Por la estructura del § 270 RefEnt, pudo decirse por Würdinger (52) que este precepto —de igual forma que el § 256 AktGes— no consagraba la licitud de los contratos por él enunciados, sino que tan sólo sometía su perfección, modificación y extinción a unas deter-

(45) WÜRDINGER, *Zur Reform...*, pág. 280.

(46) KROPPF, *Der aussenstehende Aktionär*, pág. 678.

(47) WÜRDINGER, *Aktienrecht*, págs. 207 y ss. Estas afirmaciones habrán de modificarse algún tanto a la vista de la regulación de estos contratos en el RegEnt.

(48) V. RASCH, *Gewinnabführungs...*, cit., 186; y autores cits. en notas 42 y ss.

(49) V. BALLERSTEDT, ob. y loc. cits., nota 11.

(50) FLUME, *Grundfragen...*, pág. 51.

(51) Así, expresamente, BALLERSTEDT, ob. y loc. cits. anteriormente.

(52) WÜRDINGER, *Betrachtungen...*, pág. 16 —refiriéndose al primer proyecto.

minadas cautelas, pero siempre en la medida en que tales negocios fueran compatibles con el ordenamiento de la sociedad por acciones y, en definitiva, con el de la comunidad política en su conjunto. Ahora bien, la base para esta afirmación desaparece en el RegEnt, el cual, en dos momentos distintos, se preocupa de afirmar expresamente la validez de los contratos de empresa, aunque su contenido contradiga algunas de las normas de derecho necesario que configuran la estructura de la sociedad por acciones en sí misma considerada (53).

Por lo tanto, las prestaciones a las cuales una sociedad por acciones se ha obligado a consecuencia de la conclusión de un contrato de dotación según declara expresamente el § 280 (3), infracciones de los § 54 —prohibitivo de la devolución de aportaciones y de la atribución de interés a los accionistas (54)— § 55 —participación del socio en los beneficios (55)— y § 57 —índole de la división del beneficio social (56)—. Aunque el contrato se realice con un accionista y, además, no se establezca una contraprestación a las obligaciones asumidas por la sociedad, los intereses de accionistas y los acreedores están protegidos por los preceptos expresamente previstos por el proyecto para esta eventualidad (57).

Además, con relación a los otros tipos contractuales previstos por el § 281, se afirma expresamente por el párrafo (3) de este precepto que los contratos de arrendamiento de establecimiento o de cesión de empresa o de administración de empresa y el acuerdo por el cual la junta general ha consentido la celebración de esos contratos no son nulos porque dichos contratos contradigan los §§ 54, 55 y 57. La nulidad de estos contratos constituiría una medida excesiva para remediar la inadecuación de la contraprestación pactada para la sociedad, porque la conclusión de dichos contratos han alterado tan definitiva y profundamente la estructura social que una nulidad, pronunciada después de un tiempo considerable, originaría perturbaciones mayores

(53) Así lo reconoce expresamente, *Beg.*, pág. 216.

(54) La regulación del deber de aportación se mantiene inalterada en el proyecto. Se conserva la posibilidad de introducir estatutariamente prestaciones accesorias, pero se toman ciertas medidas —fijación del título oneroso o gratuito— para proteger a futuros accionistas.

Se prohíbe expresamente devolver aportaciones a los socios, bien directamente, bien a través de un reparto de dividendos que encubra esta operación. Se prohíben los intereses a las acciones; pero se permiten los intereses constructivos, temporal y cuantitativamente limitados.

(55) La regulación del derecho del accionista a las ganancias es una de las cuestiones que atribuyen fisonomía propia al Proyecto. Este ha buscado el equilibrio entre el interés de la sociedad a constituir reservas y el interés del socio a obtener un rendimiento adecuado al capital colocado en la sociedad.

(56) Para proporcionar a los titulares de acciones los mismos beneficios —periodicidad de los rendimientos— se permiten los dividendos a cuenta, estableciéndose un ponderado sistema de competencias en la organización de la sociedad.

(56 bis) BALLERSTEDT, *Handels- und...*, cit., pág. 838; y, después, en *Die Verfassung...*, cit., pág. 840.

(57) Así *Beg.*, pág. 216.

que las intentadas remediar con la nulidad (58). La posibilidad de impugnar el acuerdo de la junta general se considera que constituye un medio jurídico suficiente para proteger el interés del socio (§ 281 (3), i.f.). Esta declaración expresa corresponde a las proposiciones hechas por Ballerstedt (58 bis) y contribuye a potenciar la publicidad de que, para seguridad de los socios y de los acreedores, han de rodarse estos procesos de concentración.

1. Los contratos descritos por el § 280 frecuentemente aparecen en la vida práctica unidos bajo la denominación de *Organschaftsvertrag* (59) u *Organvertrag* (60). Este contrato, cuyas consecuencias se regulan expresamente en el plano del derecho fiscal (61), ha suscitado, a pesar de su extensión en el tráfico (62), dudas en cuanto a su compatibilidad con la estructura de la sociedad anónima y con el mantenimiento de la independencia jurídica de la sociedad que, por el contrato, se somete a la dirección de otra o se obliga a cederla su beneficio (63).

Bajo esta denominación se conoce un contrato por virtud del cual una sociedad jurídicamente independiente desarrolla su actividad de empresa en nombre propio, pero contemplando intereses de aquel por cuya cuenta gestiona el establecimiento (63 bis). En consecuencia, *Organgesellschaft* es una sociedad que actúa en propio nombre, pero en interés de un tercero que le transmite instrucciones, y *Organträger*, el tercero bajo cuyas instrucciones y en cuyo interés la sociedad órgano gestiona la empresa.

Los problemas básicos suscitados por estos contratos, aunque tratados principalmente sobre el plano de la fiscalidad porque las cuestiones litigiosas se plantean en esta esfera, tienen naturaleza jurídico-privada (64), lo cual, si resulta claro cuando la empresa dominante no

(58) *Bey.*, pág. 217.

(58 bis) BALLERSTEDT, *Die Verfassung...*, cit., pág. 840.

(59) Así, expresamente, FLUME, *Grundfragen...*, pág. 51. Vid. igualmente *Beg.* pág. 223: el *Organschaftsvertrag*, configurado en la práctica, no es más que la unión de un contrato de cesión de beneficios y de un contrato de dominación; y, de nuevo, en la fundamentación del § 305, donde se preve —con carácter excepcional— que se celebre un contrato de cesión de beneficios tan sólo.

(60) Esta denominación fue criticada por RASCH, *Konzernrecht*, pág. 85, porque la expresión sociedad órgano (*Organgesellschaft*) —que se derivaba inmediatamente de ella— no era feliz. Los órganos de la sociedad actúan en nombre de ésta, mientras que la sociedad órgano, aun actuando por cuenta ajena, se manifiestan frente a terceros en nombre propio.

(61) Así lo hacen notar MESTMÄCKER y ERLINGHAGEN. Un tratamiento sistemático del derecho fiscal de los grupos (*Konzernsteuerrecht*) puede verse en RASCH, *Konzernrecht*, págs. 183 y ss.; y BÜHLER, ob. cit. en nota 12.

(62) Buena prueba de la extensión de este contrato en la vida práctica lo constituyen los formularios y los datos que ERLINGHAGEN inserta al final de su obra *Der Organschaftsvertrag mit Ergebnisausschlussklausel im Aktienrecht* (Marburg, 1960). V. también FRIEDLÄNDER, ob. cit., pág. 188.

(63) Además de la obra de ERLINGHAGEN cit., v. HUECK, A.: *Zur Frage der Rechtswirksamkeit...*, cit., que resume las distintas opiniones acerca de la cuestión.

(63 bis) Así ERLINGHAGEN, ob. cit., pág. 7, que sigue a HACHENBURGER, *Die Organgesellschaft*, cit., pág. 272.

(64) V. RASCH, *Gewinnabführungs...*, cit., pág. 166; MESTMÄCKER, *Verwaltung...*, cit., pág. 287; ERLINGHAGEN, ob. cit., págs. 8 y ss.

posea la totalidad de las acciones de la sociedad dominada, es igualmente cierto cuando aquélla posee el 100 % de las participaciones de ésta, con relación a los acreedores (65). Por otro lado, aunque no existan las ventajas fiscales que se prevén para estas situaciones, la celebración o existencia de tal contrato tiene una finalidad en sí mismo considerada, en cuanto que puede favorecer la inversión en empresas cuya marcha económica no es próspera (66). La consideración fiscal de estos supuestos ha tenido temporalmente primacía en el examen de esta materia, pero no hay duda de que presupuesto —del cual se parte acaso inconscientemente— para tal consideración es el de la validez en el plano jurídico-material (67).

a) El Ent I aisló uno de los elementos que acompañan en la práctica a los otros contratos de empresa (68) recogidos en su articulado, denominándolo, con una terminología fuertemente controvertida (69) contrato de instrucción (*Weisungsvertrag*) y erigiéndolo en tipo contractual autónomo —aunque la realidad económica apenas si conozca algún ejemplo de este tipo (70)—, desconectado del contrato de cesión de beneficios: la característica de este nuevo tipo contractual (71) radicaba en que, expresa o tácitamente, confería a una de las partes la facultad de impartir instrucciones a la sociedad por acciones sometida.

Este contrato puede caracterizarse como el que una sociedad por acciones celebra con otra empresa para someterse en las cuestiones esenciales de la gestión del negocio (*Geschäftsführung*) a las instrucciones de la contraparte. El ámbito dentro del cual la sociedad queda sometida a las instrucciones de la empresa dominante ha de ser lo suficientemente amplia para que la indeterminación de las materias configure un poder abstracto, desconectado de otra causa contractual que lo delimite en función de las prestaciones recíprocamente pactadas (72).

(65) V. consecuencias metodológicas de esta postura en RASCH, ob. y loc. cit. últimamente; RACH, *ind auf dem Gebiete...*, cit., pág. 13.

(66) Así RASCH, *Sind auf dem Gebiete...*, pág. 14, con ejemplos de la vida real.

(67) El reconocimiento fiscal de ciertas ventajas reconocidas a los grupos de empresas constituye, ciertamente, uno de los datos que explican su difusión en el tráfico. Pero no son creación del legislador, sino que éste, para lograr alguna finalidad concreta, favorece su constitución y, ulteriormente, su desarrollo. Contra esta postura de favorecimiento fiscal se manifiesta principalmente la memoria de la ASU.

(68) En concreto, el *Organvertrag*, según indica WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 208.

(69) La cuestión terminológica ha sido cuestión que preocupó en los primeros instantes de la redacción de los proyectos. SCHÄFFER, *Selbstfinanzierung...*, cit., pág. 62 prefería la denominación de *Unterwerfungsvertrag* o de *Konzernvertrag*.

(70) V. RAUTMANN, *Probleme...*, cit., pág. 170 y W. SCHMIDT, en las discusiones de la sección tercera del DJT, quien afirma que no existe ningún puro *Weisungsvertrag*. Sin embargo, Bem I, pág. 391 afirma categóricamente que estos contratos están extendidos hace mucho tiempo en la vida económica y que, respondiendo a necesidades económicas, no puede negarse su validez.

(71) El origen de este tipo contractual hay que encontrarlo, según RAUTMANN, ob. y loc. cit., en los trabajos del DJT de 1951.

(72) Así RAUTMANN, *Probleme...*, cit., págs. 170 y ss., siguiendo fundamentalmente a WÜRDINGER.

Por ello, las dudas de la literatura al intentar identificar el fundamento justificador del contrato en cuestión.

El reconocimiento jurídico de un tipo negocial no debe de apoyarse sobre su difusión en el tráfico, sino sobre la utilidad para la comunidad política de este contrato y sobre la congruencia de su función económica-social con los fines del ordenamiento (73), pero no porque previamente se haya reconocido esta situación por el derecho fiscal (74) o porque el legislador estime que es impotente para oponerse al hecho consumado que representa su utilización masiva en el tráfico (75).

La previsión legal de este tipo de contratos está justificada no sólo porque sus efectos macroeconómicos no son perjudiciales sino porque, además, su celebración permite atribuir a los accionistas externos una posición mejor que la que les ofrecería si la empresa dominante ejerciera de hecho su poder directivo (76).

En cuanto a los efectos económicos generales, no puede afirmarse, sin más, que la institucionalización del poder de dirección del grupo, realizada mediante el reconocimiento de los contratos de empresa, conduzca al fortalecimiento de las tendencias a la concentración que existen en la estructura económica, porque, de un lado, sería un cómodo medio para ejercer aquél, y, por otro, en el caso de que fuera imposible su celebración, obligaría a realizar una fusión. Los costes de la fusión pueden ser muy elevados y, por otro lado, exige una inversión de capital que el dominio de empresas mediante contrato o participación no exige. Pero es, de todas las maneras, un proceso que, por uno u otro medio, terminará por realizarse.

b) El Ent II no menciona entre los contratos de empresa un contrato de instrucción (*Weisungsvertrag*), sino un contrato de dominación (*Beherrschungsvertrag*) (77). La caracterización de este contrato se realiza, adecuándose a la nueva denominación, por la enunciación de su finalidad —subordinar la dirección de la sociedad a otra empresa (78)—, abandonando la enunciación del medio —comu-

(73) V. RASCH, *Gewinnabführungs...*, cit., pág. 166. La investigación de la licitud de un contrato presupone, pues, el conocimiento de sus prestaciones fundamentales, como hace notar, con relación al *Organschaftsvertrag*, ERLINHAGEN, ob. cit., pág. 11.

(74) WÜRDINGER, en DB, 1958, pág. 1452. Si el legislador fiscal está dispuesto a favorecer la aparición de concentraciones, el legislador que se ocupe de la regulación privada de la sociedad por acciones no debe perturbar, con sus normas, el aprovechamiento de este beneficio. Con posterioridad, *Aktienrecht*, pág. 207, WÜRDINGER considera que el ordenamiento debe de ofrecer a los particulares la posibilidad de celebrar contratos de organización porque responden a necesidades sentidas en la práctica.

(75) Así SCHÄFFER, *Die Aktienrechtsreform...*, cit.; y, en general, la mayoría de los autores que escriben sobre estas cuestiones: v. también la fundamentación al Libro III del primer Proyecto.

(76) RASCH, *Gewinnabführungs...*, cit., pág. 169.

(77) La equivalencia de ambos tipos contractuales desde el punto de vista de su función es evidente: constituye el instrumento mediante el cual el legislador alemán pretende institucionalizar los grupos de empresa.

(78) WÜRDINGER habla de un contrato de sometimiento (*Unterverwungsver-*

nicación de instrucciones— con el cual la empresa ejerce el señorío adquirido sobre la sociedad.

a') El contrato de dominación es un contrato mediante el cual una sociedad por acciones somete la dirección de su empresa a otra empresa (*herrschendes Unternehmen*) que adquiere la facultad de imponer las decisiones referentes a la gestión de aquella a los órganos de la sociedad subordinada (79): § 281 (1).

b') Los efectos del contrato de instrucción —y lo mismo puede afirmarse del *Beherrschungsvertrag* que le sucede en el RegEnt— pueden ser contraproducentes, ya que puede contribuir a un fortalecimiento del empresario dominante, a quien se le atribuyen unos amplios poderes directivos, con la amenaza de una responsabilidad difícil siempre de exigir. Pero las críticas que se han dirigido a la concepción del RegEnt (80) —que, correlativamente, pueden referirse también al RegEnt— por crear este tipo contractual autónomo pierden importancia, si se considera que la celebración de un contrato de cesión de beneficios generalmente implica, como se ha dicho (81), la facultad de impartir instrucciones a la sociedad dominada y, por otro lado, la facultad de impartir instrucciones nacida de un contrato de dominación, se utilizará para obtener —mediante instrucciones referentes a los precios de las prestaciones entre sociedades— la mejor parte de los beneficios logrados antes de que se reflejen en la contabilidad (82). Por ello, su inclusión en la enumeración de los §§ considerados es justo, no sólo para evitar dudas en cuanto a su admisibilidad (83), sino también para evitar fraudes a la ley, ya que el accionista puede ser perjudicado tanto por la manera de gestionar los asuntos sociales cuando hay un contrato de cesión de beneficios como por un mero contrato de dominación (84).

Por otro lado, aunque la práctica no sea por ahora frecuente, la previsión de un tipo contractual único que comprendiera los elementos del sometimiento de la sociedad a las instrucciones de un tercero y la cesión de sus beneficios a ella podría originar la utilización de tipos contractuales para burlar las prescripciones establecidas para la pro-

trag) en *Aktienrecht*, pág. 208, lo cual no es sino el otro aspecto de los efectos que produce el contrato. V. lo indicado en nota 69.

(79) *Beg.*, pág. 215.

(80) Las críticas más violentas contra el *Weisungsvertrag* partieron de WÜRDINGER, *Bemerkungen...*, cit., págs. 1452 y ss., para quien este tipo contractual constituía *ein Verstoss gegen die Rechtslogik*. V. RAUHMANN, *ob. cit.*, pág. 171.

La crítica está justificada si se considera este contrato como un contrato puramente obligatorio, pero no si se le contempla en su dimensión jurídico-social: v. FLUME, *Die abhängige Aktiengesellschaft*, pág. 6. En este sentido puede decirse que las críticas contra el *Beherrschungsvertrag* han desaparecido.

(81) Recuérdese lo dicho al tratar de la relación entre contrato de dominación y de cesión de beneficios, así como de su refundición en la práctica del *Organvertrags*.

(82) RASCH, *Gewinnabführungs- und Weisungsvertrag...*, cit., pág. 168.

(83) RASCH, *Richtige und falsche Wege*, pág. 37.

(84) *Beg.*, pág. 216.

tección de socios extraños y acreedores sociales. De lo que, en todo caso se trata, es de establecer un dato al cual pueda, con seguridad, referirse la existencia de un grupo de empresas. Y, en este sentido, el contrato de dominación es adecuado porque su contenido necesario es el de fundar la subordinación de la sociedad por acciones a otra empresa (85).

2. Por el contrato de cesión de beneficios (*Gewinnabführungsvertrag*) (86) la sociedad —anónima o comanditaria por acciones— se obliga a ceder a otra empresa la totalidad de su beneficio (§ 280 (i), i.f.). Esta concepción del contrato de cesión de beneficios se aparta, no sólo de la manifestada por el AktGes —que lo incluía en la comunidad de ganancias (87)—, sino también de la mantenida en el RefEnt (88). Conforme al § 281 RegEnt, la cesión parcial de beneficios es un tipo contractual autónomo, cuyo régimen es, no el riguroso de los contratos previstos por el § 280, sino el más flexible del § 281 (89).

Aunque la obligación de ceder la totalidad del beneficio puede tener una causa de origen contractual distinta (90), el tipo que aquí se considera es el que es causa y consecuencia al mismo tiempo de la incorporación (91).

Mediante este tipo contractual, la sociedad por acciones continúa ejercitando su empresa, pero —como consecuencia de la obligación de ceder la totalidad de los beneficios obtenidos en ella— por cuenta de otro empresario quien, a cambio de una contraprestación fija (92), adquiere el derecho a los beneficios producidos por la actividad empresarial de la sociedad obligada. Esta se pone así al servicio de la empresa que adquiere el derecho a los beneficios.

B) Los tipos contractuales enumerados por el § 281 son contratos obligatorios (*schuldrechtliche Verträge*), que comportan el juego de una prestación y contraprestación. Por contraposición a los negocios comprendidos en el § 280, éstos pueden designarse como contratos de empresa en sentido amplio (*Unternehmensverträge in weiteren*

(85) FLUME, *Die abhängige Aktiengesellschaft*, pág. 6.

(86) También llamado en la práctica *Ergebnisausschliessungsvertrag* (*Gewinn- und Verlustabführungs- y Übernahmevertrag*). Con este nombre proponían su normación los *Ergänzende Vorschläge* —pág. 61—: contrato por el que una sociedad por acciones (*Ergebnisabgeber*) se obliga a ceder a otro (*Ergebnisübernehmer*) el beneficio social.

(87) Para la cuestión, v. con anterioridad. Es un aspecto que hacen notar las exposiciones que acompañan a los dos proyectos.

(88) El § 270 (1), 2. RefEnt consideraba como contratos de cesión de beneficios aquellos mediante los cuales una sociedad por acciones se obliga a ceder a otro su beneficio o el beneficio de algunas de sus explotaciones; se exceptúan, sin embargo, los contratos de participación de beneficios...

(89) Cfrs. más adelante sobre la caracterización del contrato de cesión parcial de beneficios; y RAUTMANN, *Probleme*, págs. 174 y ss.

(90) WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 210.

(91) V., p. ej., RAUTMANN, *Probleme...*, cit., pág. 175.

(92) RASCH, *Konzernrecht*, pág. 83. El contenido económico de la contraprestación puede ser vario.

Sinn) ya que, como indica la misma fundamentación (93), la consecuencia más importante de su inclusión en el grupo es la de que su celebración —y, correlativamente, su modificación, denuncia y disolución— quedan sometidos a los mismos requisitos de eficacia que los contratos de empresa propiamente dichos.

Característica común a estos contratos es la de que se trata de contratos en los cuales se establecen inmediatamente derechos y obligaciones para las partes, que son, por un lado, la sociedad por acciones cuya empresa está afectada por el contrato, y, de otro, la que se compromete a pagar la contraprestación. La facultad de impartir instrucciones que puede corresponder a alguno de los contratantes está subordinada al mejor cumplimiento de las prestaciones contractuales, cuyo cambio caracteriza causalmente el contrato celebrado. Al ser la sociedad la parte directamente obligada mediante este contrato, resulta que la situación orgánica de sus órganos de gestión queda inalterada durante el tiempo que subsista la relación obligatoria, aunque el contenido de sus deberes se concretiza en función de la causa del contrato en el cual participa la sociedad de la que son órganos.

1. El RegEnt se refiere, en primer lugar, a un conjunto de contratos cuya característica común, aún no siendo relevante jurídicamente para formular una categoría unitaria, es la de afectar de manera directa a los beneficios que la sociedad obtenga en la explotación de su empresa.

a) El primero de los contratos previstos por el § 281 es la auténtica comunidad de beneficios (*Gewinngemeinschaft*; *Gewinnpoolung*; *echte* (94) *Gewinngemeinschaft*), separada —como ya se ha dicho— del contrato de cesión de beneficios (*Gewinnabführungsvertrag*), antes comprendido en la comunidad de beneficios (95).

Para evitar que los interesados eludan —mediante la creación de ciertas modalidades contractuales— la aplicación de las garantías previstas en interés de los socios y de los acreedores, el proyecto concibe de una manera muy amplia este negocio como un contrato por el cual una sociedad por acciones se obliga a reunir total o parcialmente el beneficio de su empresa o de alguna de sus explotaciones con los de otra empresa, a fin de dividir, en la proporción establecida, el beneficio común así obtenido (§ 281, (1), 1.).

Antes de la aparición del RegEnt la comunidad de beneficios encuadrable (96) en el más amplio tipo de comunidad de intereses (97)—

(93) *Bey.*, pág. 216.

(94) V. para esta caracterización WÜRDINGER, *Akhenrecht*, pág. 206.

(95) V. la exposición de los contratos de empresa en el AktGes y la nota siguiente.

(96) V. la bibliografía recogida por WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 196. La solución del AktGes de 1937, que, en su § 258, englobaba este contrato con el de la cesión de beneficios bajo la rúbrica de *Interessengemeinschaftsvertrag*, no se consideró acertada, porque en él no puede hablarse de una comunidad de beneficios: v., p. ej., RASCH, *Konzernrecht*, pág. 74.

(97) V. MESTÄCKER, *Vcrwaltung*, págs. 321 y ss. La expresión de comunidad de intereses (*Interessengemeinschaft*) ha sido acuñada por la práctica y com-

había sido calificado como una sociedad civil (98), cuya causa es el reparto de las ganancias obtenidas por sus miembros de la forma prevista en el contrato. Esta misma calificación sigue siendo adecuada para el tipo previsto por el RegEnt.

Como contraprestación al deber de la sociedad de aportar su beneficio en la comunidad surge un deber de contenido semejante a cargo de los otros empresarios participantes en el contrato y la pretensión de cada uno para exigir la parte que, según lo acordado, le corresponda en el beneficio común (99). Sin entrar en los detalles de organización de esta comunidad (100), puede afirmarse que, para el cumplimiento de los fines contractuales, se establece casi siempre la obligación de armonizar la gestión de los negocios sociales mediante el acatamiento de las instrucciones que transmita un órgano común dentro de la esfera delimitada por el contrato. En este sentido el contrato de comunidad de beneficios constituye uno de los medios apropiados para estructurar y fundar un grupo de empresas sin subordinación (*Gleichordnungskonzern*). Pero el sujeto pasivo de esta obligación es la persona jurídica como tal, cuya estructura organizativa permanecé inalterada y, con ello, la posición de sus órganos de gestión y el contenido de sus deberes (101).

b) Además de los mencionados contratos referentes al destino del beneficio social, el § 281, (1), I. prevé un tercer tipo contractual: el contrato de cesión parcial de beneficios (*Teilgewinnabführungsvertrag*). Mediante este contrato la sociedad se obliga a ceder a la otra parte contratante una parte de su beneficio o, total o parcialmente, el beneficio producido por algunas de sus explotaciones.

La sociedad asume el deber de ceder parcialmente el beneficio que obtenga en el ejercicio de su actividad. La forma de determinar la parte que haya de cederse caracteriza, en los casos límites, este contrato frente al de cesión total del beneficio social, con la consecuencia, en el plano jurídico, de estar exento de las garantías que, inexcusablemente, acompañan a la cesión total de beneficios. El límite mínimo donde termina este contrato lo constituye la modalidad de ceder los beneficios producidos por un único negocio (*Gelegenheitsgesellschaft*) (102).

prende, descriptivamente, varios tipos contractuales que en el plano estrictamente jurídico están muy alejados de las diversas uniones de empresas (v. WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 197) y cuya característica común es la unión contractual de dos o más personas para conseguir un fin común: v. ampliamente RASCH, *Konzernrecht*, págs. 72 y ss. Sobre las relaciones de esta creación de la práctica y la legislación antimonopolista, v. RASCH, *Die Interessengemeinschaft in kartellrechtlicher Sicht*, WuW, 1962, págs. 233 y ss.

(98) RASCH, *Konzernrecht*, pág. 72; FRIEDLÄNDER, *Konzernrecht*, pág. 116. Es interesante consultar los comentarios al BGB en la parte de sociedad civil.

(99) RASCH, *Konzernrecht*, pág. 74.

(100) Que, por la flexibilidad ofrecida por la sociedad civil, puede adoptar una gran variedad de formas: v. RASCH, ob. y loc. cit.; WÜRINDINGER, *Aktienrecht*, págs. 197/198.

(101) WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 198.

(102) WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 197.

El contrato obliga a la sociedad como persona jurídica, pero no afecta la posición independiente de sus órganos.

2. De los contratos que tienen por objeto el establecimiento mercantil de la sociedad por acciones contratante el que posee mayor importancia es el contrato de arrendamiento, porque los otros tipos contractuales constituyen —como se verá a continuación— modalidades, actuales en la práctica, con las cuales se obtienen los mismos resultados económicos. La característica común de todos estos contratos consiste en que desplazan el riesgo económico de la actividad mercantil constitutiva de la empresa social fuera de la esfera económica de la persona titular del establecimiento objeto del contrato, cuyos ingresos quedan reducidos a la contraprestación que la otra parte contractual se obliga a pagar y eliminándose, correlativamente, el riesgo de pérdida típico de la actividad del empresario.

A esta circunstancia se debe la mayor atención que se presta al contrato de arrendamiento de establecimiento mercantil, cuando el arrendador es una sociedad por acciones (103).

La analogía entre los dos primeros tipos contractuales explica que ocasionalmente, el *Pacht-* y el *Betriebsüberlassungsvertrag* (en sentido estricto) se comprenden en un concepto superior de *Betriebsüberlassungsvertrag* en sentido amplio (104).

a) El contrato de arrendamiento de establecimiento (*Pachtvertrag; Betriebspachtvertrag*) es aquel mediante el cual una persona (*Verpächter; verpachtende Untermehmen; verpachtende Gesellschaft*), cede temporalmente el uso y disfrute de establecimiento (*verpachtetes Unternehmen*) a otra (*Pachter*) que se obliga a pagar un precio cierto, (*Pachtvergütung*) y que la empresa explota en propio nombre y por propia cuenta (105).

La importancia de este contrato, utilizado desde hace mucho tiempo en todos los países, radica en que, según Friedländer (106), es el instrumento jurídico más utilizado para sustituir la fusión total de dos empresas y, aunque su frecuencia hubiese disminuido, parece que, en los últimos momentos por circunstancias fiscales, se ha incrementado su utilización (107).

El arrendatario del establecimiento adquiere, por virtud del con-

(103) El tratamiento de estos contratos no se hace total y sistemáticamente, sino que, con finalidades muy concretas, se ponen de relieve algunos de sus elementos estructurales y funcionales, que, de manera inmediata, afectan a la estructura de la sociedad por acciones.

(104) RASCH, *Konzernrecht*, pág. 63; SCHILLING, en *GrosskommAktG*, páginas 608 y ss.; MESTMÄCKER, *Verwaltung*, pág. 319.

(105) WÜRDINGER, *Bemerkungen*, pág. 19; MESTMÄCKER, *Verwaltung*, páginas 316 y ss.; RAUTMANN, *Probleme*, pág. 179 y ss.; FRIEDLÄNDER, *Konzernrecht*, pág. 101.

(106) FRIEDLÄNDER, ob. y loc. cit.

(107) KOPPENBERG, *Der Schutz...*, cit., pág. 400.

trato correspondiente, la posesión de la empresa, la cual gestiona en nombre propio y por cuenta igualmente propia (108).

Dejando aparte la problemática general que el arrendamiento de establecimiento mercantil suscita (109), no sólo en las relaciones internas, sino también frente a terceros extraños al contrato, hay que aislar las cuestiones referentes a la estructura de la sociedad.

Cuando el arrendador es una sociedad por acciones o una sociedad com. por acciones aparece el contrato previsto y regulado en sus aspectos jurídico-sociales por el § 281, (1), 3 RegEnt.

El contrato, como tal, obliga a la sociedad titular de la empresa arrendada, pero no a sus órganos, los cuales continúan administrando, independientemente y bajo su responsabilidad, la sociedad arrendadora (110). Pero, como consecuencia de la celebración de este contrato, la sociedad deja de explotar su propia empresa, gestionada, a partir de aquel momento, por la entidad arrendataria. Por el cambio que experimenta la actividad social, los deberes de sus órganos se modifican de manera correspondiente a la nueva situación de la sociedad, en cuanto que ya no tienen que cumplir los deberes inherentes a la actividad empresarial que constituye el objeto estatutario de la sociedad, sino que, bajo su propia responsabilidad, tienen que cumplir los deberes implicados en la gestión de la relación arrendaticia instaurada mediante la celebración de aquel contrato. Por lo tanto, han de ejecutar todas las medidas exigidas por la cualidad de arrendadora de la sociedad (111), y ejercer los derechos que de esa misma situación se derivan —exigir el pago del canon arrendatario, por ejemplo (112).

Por lo tanto, este contrato no fundamenta en la entidad arrendataria la facultad de impartir instrucciones a la Sociedad arrendadora (113). En todo caso sería la sociedad arrendadora quien podría impartir instrucciones a la empresa arrendataria en la utilización de su empresa —p. ej., adquisición de materiales, política de producción... (114).

Ahora bien, la facultad que tienen los órganos sociales de impartir instrucciones a la empresa arrendataria no es una facultad abstracta, sino que está causalmente limitada por el cuadro de derechos y obligaciones que ha creado el contrato de arrendamiento entre ambas personalidades. En el caso de que esta facultad se llevara más allá del límite permitido por el contrato, funcionarían las normas sobre res-

(108) V. autores y obras cits. en nota 105.

(109) Para ello, principalmente, RASCH, ob. y loc. cits.; FRIEDLÄNDER, ob. y loc. cits.

(110) WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 200. Es posible el arrendamiento de la empresa, pero no el arrendamiento de la sociedad como persona jurídica. Este contrato sería, como tal, nulo, salvo que se considere como un contrato de dominación.

(111) WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 200.

(112) RAUTMANN, *Probleme...*, cit., pág. 179.

(113) WÜRDINGER, ob. cit., pág. 201.

(114) WÜRDINGER, ob. y loc. cits.

responsabilidad en que incurre la empresa cuando, sin haber celebrado un contrato de dominación, ejerciera un poder de hecho sobre otra empresa (115).

Con mayor razón hay que mantener el mismo resultado cuando la sociedad arrendadora imparte instrucciones a la arrendataria por virtud de una facultad que, teniendo su base en el contrato celebrado entre ambas, excede del fundamento causal que caracteriza institucionalmente al contrato de arrendamiento. En estos casos, como consecuencia del nuevo elemento añadido, existiría posiblemente una mutación de la causa, que produciría su calificación como otro contrato. La consideración de este caso como contrato de dominación, originaría las consecuencias previstas cuando en un contrato de ese tipo no respetan las cautelas y seguridades impuestas legalmente (116).

b) Junto al contrato de arrendamiento de establecimiento, el número 2, (1), § 281, prevé igualmente el contrato (*Betriebsüberlassungsvertrag*) mediante el cual una sociedad anónima o comanditaria por acciones (*Geschaftsherrn; Eigentümergesellschaft; überlassende Gesellschaft*) confía a otra (*berechtigtes Unternehmen*) su establecimiento de manera distinta a la prevista para el contrato de arrendamiento de empresa. Con este contrato se obtienen los mismos resultados económicos que se hubieran obtenido de haberse celebrado un contrato de arrendamiento, en cuanto que el adquirente temporal asume toda la organización, objetiva y personal del establecimiento de la sociedad arrendadora, insertándolo en su propia organización y gestionando el establecimiento por su propia cuenta, aunque externamente actúe, por virtud de poderes generales (*unfassende Vollmachten*), en nombre de la sociedad arrendadora.

c) Finalmente el contrato de gestión de establecimiento (*Geschäftsführungsvertrag*) (117), es un contrato por el cual la sociedad por acciones acepta gestionar su empresa en nombre propio (118), pero por cuenta de otra persona (*Dienstherrn*) como si hubiera arrendado el establecimiento a esta última (119). En definitiva, mediante este contrato se obtiene por la sociedad gestora el mismo resultado económico que si hubiera celebrado un arrendamiento de empresa, ya que cesa de soportar los riesgos económicos de la actividad empresarial y sus beneficios se limitan a la remuneración que obtiene por prestación de sus servicios (120).

(115) Autor y obra cit. en notas anteriores.

(116) WÜRDINGER, ob. cit., pág. 201; RAUTMANN, *Probleme...*, cit., pág. 180.

(117) La denominación —utilizada, p. ej., por RASCH, ob. cit., pág. 63, y WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 201— de *Betriebsführungsvertrag* o *Betriebsverwaltungsvertrag* es abandonada por los Proyectos, porque es desorientadora, en cuanto que no se trata de un contrato mediante el cual una sociedad encarga a otro de la gestión —en nombre propio o en nombre de la propietaria— de todo o parte de su establecimiento, sino que es la propia sociedad quien continúa gestionando su empresa, aunque por cuenta de otra persona.

(118) Así expresamente *Beg.*, loc. cit.

(119) WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 201.

(120) Así lo hace notar WÜRDINGER, *Bemerkungen*, pág. 19.

La caracterización jurídica de este contrato no ofrece dificultades, ya que, por el contenido de sus pretensiones y la situación de los intereses en juego, puede afirmarse que se trata de un contrato de servicios dirigido a la gestión de negocios ajenos (§ 665 BGB).

La sociedad gestora continúa gestionando su empresa, pero de la misma manera que si el arrendatario de ésta le confiara la gestión de la cosa arrendada. La prestación de la contraparte consiste en una cantidad de dinero (121) que representa para el empresario por cuya cuenta se gestiona la empresa social, no sólo la remuneración por la utilidad económica que obtiene de esta gestión, sino, además, por los servicios que la sociedad titular de la empresa le hace como mandataria.

Este contrato, por su propia naturaleza, comporta para la sociedad titular de la empresa el deber de acatar las instrucciones del empresario por cuya cuenta continúa gestionando su empresa. Pero también en este caso se trata de una facultad de impartir instrucciones que está limitada causalmente, en cuanto que no puede imponerse a la sociedad más medidas que aquéllas que hubiera podido adoptar como arrendatario el empresario por cuya cuenta se gestiona ahora el establecimiento. La interpretación de las cláusulas contractuales ha de hacerse, pues, con esta limitación (122).

C. No se comprenden en la noción de contratos de empresa —y, por lo tanto, quedan fuera del régimen previsto para ellos—, algunos tipos especialmente mencionados por los §§ 280 (2) y 281 (3).

1. El contrato mediante el cual dos o más empresas que no son dependientes entre sí, se someten contractualmente a una dirección unitaria, sin convertirse ninguna de las partes contractuales en dependiente de las otras, no se considera, por el § 280 (2) contrato de dominación, porque las empresas que participan de este grupo (*Gleichordnungskonzern*) contribuyen a la formación de la voluntad del órgano directivo y no aparecen, por lo tanto, los riesgos anejos a un contrato de dominación y que fundan el establecimiento coactivo de unas medidas protectoras para socios y acreedores (123).

Pero la exclusión no es absoluta, porque cuando en este tipo de contratos concurren alguno de los elementos que caracterizan los tipos contractuales comprendidos bajo los contratos de empresa, se exigen los mismos requisitos que para su constitución, y, en su caso, el establecimiento de las mismas garantías (124).

2. Por otro lado, según el § 281 (2), no se consideran contratos

(121) V. *Beg.*, pág. 217.

(122) WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 202.

(123) Así se expresa *Beg.*, pág. 216.

(124) Así *Beg.*, loc. cit. Al contrato previsto acompañará, por regla general, una estipulación que establezca una comunidad de ganancias, a fin de realizar de manera plena y completa la finalidad de agrupar las empresas participantes: v., en el sistema del AktG, las observaciones hechas por WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 196.

de cesión parcial de beneficios los celebrados por una empresa sobre participación de beneficios con los miembros del órgano administrativo o del consejo de vigilancia o con trabajadores de la sociedad, ni los contratos sobre participación de beneficios en el marco de contratos del tráfico corriente de los negocios o de contratos de utilización de licencias.

LOS GRUPOS DE EMPRESAS FUNDADOS CONTRACTUALMENTE

(continuación)

§ 2

LOS CONTRATOS DE EMPRESA: SU RÉGIMEN DE CELEBRACIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN

III. EL RÉGIMEN DE CELEBRACIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE EMPRESA.—A. La celebración de los contratos: 1. El aspecto negocial: a) El consentimiento contractual: a') La aprobación de la junta general como requisito de eficacia: aa) La publicidad para la junta; bb) El acuerdo mayoritario y sus problemas; b') El consentimiento del empresario contraparte cuando también es una sociedad por acciones; b) La forma escrita. 2. La inscripción en el Registro.—B. La modificación de los contratos.—C. La extinción: 1. Por acuerdo de la sociedad por acciones contratante. 2. Por denuncia unilateral.—IV. APRECIACIONES CRÍTICAS FINALES.

III. La discriminación entre los dos grupos de contratos que se establecen por el RegEnt no acarrea una distinción correlativa en el régimen general de su celebración, modificación y extinción, sino que se refleja sobre la intensidad de las garantías que se exigen para proteger los intereses de la sociedad y de los accionistas externos. No hay, por consiguiente, distinción entre contratos de organización y contratos meramente obligatorios (1), más que por lo que se refiere a los efectos de carácter necesario que comporta su celebración (2).

A. En primer lugar es necesario exponer las normas referentes a la celebración de estos contratos.

1. El aspecto negocial constituye, sin duda, la parte más relevante de la regulación prevista.

a) El consentimiento se produce, como en todos los casos, por el encuentro de las voluntades de los intervinientes en el mismo.

Las partes vienen designadas en el proyecto como la sociedad y la otra parte contratante. Una de ellas tiene que ser forzosamente sociedad por acciones. Es decir, o sociedad anónima o so-

(1) Lo cual ha sido objeto de crítica porque desconoce la distinta trascendencia que posee uno y otro tipo de contratos para la estructura de la sociedad: v. WÜRDINGER, *Zum Regierungsentwurf*, pág. 111.

(2) Es decir, sobre las garantías exigibles y sobre el poder y responsabilidad que atribuye a la empresa dominante, cuestiones objeto de estudio más adelante.

ciudad comanditaria por acciones. Con lo cual quiere decirse, que, al ser estos tipos de sociedades comerciantes por razón de la forma, una de las partes es necesariamente comerciante en el sentido del HGB. La sociedad como tal y no los miembros de sus órganos son las partes de estos contratos. Si éstos últimos resultan en alguna manera obligados por el contrato celebrado, ello se debe a la posición orgánica que ocupan en la estructura de la entidad contratante.

No es preciso que la otra parte contratante sea también una sociedad por acciones. La publicidad de que está rodeado este tipo social se sustituye, en caso de que la parte contractual no esté constituida en esta forma, por la imposición de un balance consolidado (3). Cuestión más dudosa es la referente del carácter de empresario. Pero el RegEnt presupone esta cualidad.

Quien está legitimado para celebrar un contrato de este tipo constituye una cuestión que afecta a la división de competencias entre los diversos órganos sociales —cuando el sujeto contratante es una sociedad (4).

En todo caso, el consentimiento de la sociedad se manifiesta, frente a la otra parte contratante, mediante su órgano administrativo, al que, según la estructura orgánica de la sociedad, pertenece la representación de la persona jurídica. Pero no es suficiente la sola determinación de voluntad del órgano administrativo, sino que, como requisito para la eficacia del contrato celebrado, ha de concurrir la aprobación de la sociedad, expresada mediante un acuerdo adoptado por la junta general. De suerte que, internamente, la formación de la voluntad social es un proceso complejo, en el cual interviene necesariamente —antes o después— el acuerdo de la junta general (5), porque el órgano administrativo (6) no puede, en principio, asumir para la sociedad deberes procedentes de un contrato bilateral cuyo objeto es competencia de la junta, sin que ésta exprese positivamente su consentimiento (7).

(3) Así *Denkschrift BPB*, pág. 52.

(4) WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 195.

(5) No creo necesaria la calificación dogmática de este proceso. Tampoco la literatura alemana se ha preocupado de esta cuestión, sino que, ante todo, pretende poner de manifiesto las razones de política jurídica que justifican la intervención de la junta en las condiciones estudiadas en el texto.

(6) La relación en que se encuentra el contenido de la posición jurídica del accionista y las facultades de gestión del órgano administrativo constituyen uno de los problemas de más difícil solución del ordenamiento de las sociedades por acciones, en cuanto que implica la medida en que los derechos del accionista pueden ser afectados por la actividad comercial desarrollada por el órgano administrativo con terceras personas; v. BALLERSTEDT, *Handels- und...*, pág. 839, nota 21, con indicaciones bibliográficas y jurisprudenciales.

(7) Antes de la regulación proyectada, el consentimiento de la junta para disponer la cesión de los beneficios sociales a una empresa tendría que hacerse —según una dirección doctrinal— ejercicio por ejercicio, ya que una cesión anticipada y que se extendiera a varios ejercicios era incompatible con la estructura y la finalidad de la sociedad por acciones como figura jurídica: v. DUDEN, *Aktienrechtliche...*, pág. 50.

a') Para la eficacia de todo contrato de empresa se requiere el consentimiento de la junta general de la sociedad que se somete a las instrucciones de otro, o se compromete a ceder en todo o en parte su beneficio, el de alguna de sus explotaciones o a transmitir temporalmente el uso de su empresa.

El contenido de estos contratos afecta de una manera tan radical a la estructura orgánica de la sociedad y al contenido económico de la posición jurídica del socio, que no puede prescindirse de la intervención de los socios corporativamente reunidos en la junta general (8).

De manera contundente —para aclarar las dudas surgidas en el derecho anterior—, declara el § 282, (1), i, f, que no se aplican las disposiciones legales o estatutarias, que rigen la modificación de los estatutos, porque los requisitos exigidos legalmente —que, de hecho, aproximan el procedimiento al previsto para las alteraciones estatutarias (9)—, para la celebración de estos contratos hacían superflua la aplicación de aquéllos otros, previstos para la protección de socios y de acreedores (10).

Pero, por otro lado, los requisitos previstos para la conclusión de estos contratos son mínimos, en cuanto que, de manera expresa (11), se permite que los estatutos prevean para esta oportunidad una mayoría más elevada que la prevista legalmente así como otros requisitos.

aa) Para dar a todos los accionistas la oportunidad de conocer textual y completamente las cláusulas contractuales (12) sobre las que se va a discutir en la junta, se cuida la publicidad del contrato de una manera especial.

aa') Además de los requisitos normalmente previstos para la celebración de la junta general, el § 282, (3) exige que se exponga una copia del contrato en las oficinas de la sociedad, a fin de que los socios puedan examinarla. A petición de cualquier socio, la sociedad tiene que proporcionarle sin demora una copia. Estas actividades preparatorias persiguen la información previa del accionista, a fin de que los derechos ulteriores de información que se conceden en la junta tengan base firme en la cual apoyarse.

(8) *Beg.*, pág. 217. Donde se justifica especialmente el sometimiento del contrato de dominación al requisito del consentimiento de la junta. Para los restantes tipos contractuales —incluso al de cesión de beneficios— ya preveía, como se ha visto con anterioridad, el AktGes la necesidad de acuerdo con la junta.

(9) Así lo hace notar, p. ej., PLEYER, *Aktienrecht...*, pág. 9. Incluso los requisitos exigidos recuerdan en su formulación a los exigidos para la modificación estatutaria: v. más adelante.

(10) Así *Beg.*, pág. 218. La crítica del precepto correspondiente del primer Proyecto, en PLEYER, *ob. cit.*, pág. 12.

(11) Con una fórmula semejante a la utilizada para indicar la libertad de configuración estatutaria para los acuerdos modificadores de los estatutos. La interpretación que se ha hecho de esta cláusula será, pues, aplicable a los casos de contratos de empresa.

(12) Es lo importante del proceso mediante el cual se desemboca en el acuerdo: RASCH, *Richtige u. falsche...*, pág. 37.

bb') El conocimiento especial del socio mediante la exhibición del contrato se completa durante el desarrollo de la junta que acuerde el consentimiento.

En primer lugar, durante la deliberación de la junta tiene que leerse e interpretarse el contrato —§ 282, (3)— aunque la complicación de las cláusulas que de ordinario contiene esta clase de negocios pueda hacer problemática su comprensión instantánea por los asistentes (13).

Además, cuando se trate de celebrar un contrato de dominación o un contrato de cesión de beneficios, el derecho de información del socio se amplía, en el sentido de que todo accionista puede exigir, durante la celebración de la junta que delibera sobre el contrato, que el órgano administrativo de la sociedad a la cual pertenece le informe acerca de las circunstancias esenciales para la celebración del contrato referente a la empresa con la cual se va a contratar. Los datos a los cuales se refiere la información pedida corresponden a otra empresa, pero no es ésta la que ha de informar, sino el órgano administrativo de la sociedad de la cual es accionista quien pretende la información, porque aquél, para cumplir los deberes inherentes a su cargo, habrá tenido que informarse previamente sobre los datos acerca de los cuales es preguntado en la junta (14)

bb) La adopción del acuerdo favorable requiere una mayoría que comprenda al menos las tres cuartas partes del capital representado en la junta. Los estatutos pueden elevar esta mayoría (15).

Todos los socios están legitimados para participar en la adopción del acuerdo. A pesar de que por diversos sectores (16) se había pretendido, con la finalidad de lograr una protección más firme de los accionistas externos, que sólo participaran en la votación los accionistas que, después de la celebración del contrato, se convierten en accionistas externos, el RegEnt, apoyándose sobre una serie de razones que se exponen seguidamente, no excluye de la votación a ningún accionista ni siquiera a quienes —por su participación en la empresa que va a convertirse, después del contrato, en dominante— están directamente interesados en que la junta emita un acuerdo aprobatorio (17).

El interés del socio es tutelado mediante el conjunto de garantías materiales que, ineludiblemente, se conectan a la celebración del contrato, de manera que, si los socios interesados en la celebración del con-

(13) RASCH, ob. cit., pág. 37, estima la cuestión de importancia secundaria.

(14) *Bey.*, pág. 218. También RASCH, *Sind auf dem Gebiete...*, pág. 33, y, después, aprobando la regulación del RegEnt, *Richtige u. falsche...*, pág. 37.

(15) V. con anterioridad: los requisitos legales tienen carácter mínimo.

(16) V. las consideraciones que sobre este punto hace DUDEN, *Aktienrechtliche Fragen...*, págs. 50/51, antes de la reforma; y la crítica de BALLERSTEDT, *Die Verfassung der Aktiengesellschaft*, pág. 839.

(17) Nótese la diferencia de tratamiento entre este acuerdo y los que se refieren a la alteración del contrato ya celebrado o a la renuncia de la acción para exigir a la empresa dominante la nivelación de pérdidas hasta una determinada cantidad.

trato están dispuestos a ofrecer dichas garantías, no existe fundamento para imponer una medida preventiva que prive a aquéllos del ejercicio de sus derechos (18).

Desde el punto de vista de las consecuencias económicas, sería sumamente perjudicial para el interés de los mismos socios externos que la ley entregase a ellos la decisión acerca del contrato, porque, por un lado, representan, generalmente, una parte exigua del capital social. Por otro, si los socios externos manifestaban su voluntad contraria a celebrar el contrato propuesto, el socio mayoritario se vería obligado a ejercer su poder directivo al margen de todo contrato de empresa (19), lo cual es más peligroso para la sociedad en cuanto que, contra las consecuencias perjudiciales de dicho ejercicio, no existe más protección que el resarcimiento posterior —y, por lo tanto, problemático— de los daños causados en ciertas condiciones (20). Abandonar la decisión a un socio único —es el caso límite (21)—, podría originar obstáculos infranqueables para la conclusión de estos tipos de contratos, por muy elevadas que fueran las participaciones poseídas por las empresas que pretendan contratar con la sociedad, y por muy favorables que fueran las condiciones ofrecidas (22).

Desde el punto de vista práctico, la efectividad de la medida es dudosa porque es difícil determinar el círculo de los afectados por ella (23) y, una vez determinado el deber de abstención impuesto a los comprendidos en él, es fácilmente eludible mediante la transmisión temporal de las acciones a otra empresa con la que estuvieran en buenas relaciones (24) y que influiría en el sentido deseado por el propietario verdadero (25). Las dificultades de comprobar la legitimación material para ejercer el voto originaría ulteriores procesos

(18) Así, *Bcg.*, pág. 218. La protección de los socios minoritarios se realiza, pues, más que mediante un entorpecimiento en la celebración del contrato, mediante un conjunto de normas que aseguran la celebración del mismo en las condiciones adecuadas para la protección de los socios externos al grupo: v. BALLERSTEDT, *Die Verfassung*, pág. 841.

(19) En este sentido el socio mayoritario se vería perjudicado por su exclusión en la adopción del acuerdo: v. *Denkschrift BPB*, pág. 51.

(20) *Bcg.*, pág. 217.

(21) BALLERSTEDT, *Die Verfassung...*, pág. 839.

(22) Así BALLERSTEDT, *ob.* y *loc. cit.*s. La solución de considerar el acuerdo ineficaz frente al socio que se opusiera al mismo tropieza con la misma naturaleza del acuerdo, que somete a sus consecuencias al círculo de los interesados.

(23) V. lo que se dice más adelante acerca de los accionistas externos. Para designar a este grupo de accionistas se utilizan varias denominaciones. A pesar de la crítica que contra ella formuló GIERKE, ha prevalecido en los proyectos oficiales la de *aussenstehende Aktionäre*. Otras se utilizan también para designar la misma idea: p. ej., *konzernfreie Minderheitsaktionäre* (WÜRDINGER, *Betrachtungen*, pág. 17); *konzernfreie Anteilhaber* (*Untersuchungen DJT*, pág. 51); *konzernfremde Aktionäre, nicht am Konzern beteiligten...*

(24) La oposición de RASCH, *Minderheitschutz*, pág. 594, gira alrededor de este punto, aduciendo la experiencia durante la vigencia del HGB.

(25) Incluso podría pensarse en la influencia que el socio mayoritario podría ejercer sobre el órgano administrativo: v. BALLERSTEDT, *ob.* y *loc. cit.*s.

inacabables (26) con las consiguientes dilaciones y dispendios económicos.

El asentimiento de la sociedad es un acuerdo mayoritario. No se requiere, por lo tanto, la unanimidad de todos los accionistas, como se pretendió por algunos autores (27), basándose en que la transformación experimentada por el contenido de la acción —se transforma en títulos de renta fija y se impide a su titular el control de la gestión de su empresa—, es una expropiación de los derechos del socio en beneficio de un particular, sin que la expropiación sea exigida por el bien común o el interés general. Mas el cambio experimentado por la estructura económica contemporánea, exige que la celebración de un contrato de este tipo no se supedita al consentimiento unánime de los accionistas afectados, sino tan sólo a la concesión de unas garantías que aseguren el mantenimiento de la sustancia económica de sus derechos de socios. El derecho corporativo del socio no contiene, en definitiva, el derecho individual a ser y a permanecer socio de una sociedad independiente, que estaría en contradicción con las exigencias de la racionalización económica —productora, en gran parte, de las agrupaciones de empresas (28).

Tampoco es necesario un acuerdo complejo o compuesto en el cual participen los accionistas externos mediante un acuerdo tomado entre ellos (29), sino que el acuerdo de la junta con las mayorías prescritas legal o estatutariamente basta para que se considere prestado el consentimiento (30). Seguramente ha parecido incompatible con el principio mayoritario vigente en el sistema de la sociedad por acciones y, en último extremo, difícilmente realizable en la práctica (31).

Por último, el contrato tiene que añadirse al acta de la junta como anexo de la misma —§ 282, (3), i, f.— (32).

b') Además del consentimiento expresado por la junta general de

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

(27) PLEYER, *Aktienrecht...*, cit., pág. 12.

(28) SCHÄFFER, *Selbstfinanzierung...*, cit., pág. 63.

(29) La necesidad de tutelar a los accionistas minoritarios hizo que por la ASU se propusiera un endurecimiento de los requisitos exigidos para que la junta de accionistas tome acuerdo por el que acceda a celebrar un contrato de empresa. En primer lugar —según esta propuesta— el acuerdo habría de tomarse por una mayoría que representara las cuatro quintas partes del capital asistente a la junta. Además sería necesario un acuerdo complementario de los accionistas minoritarios tomado con una mayoría de las tres cuartas partes del capital poseído por los minoritarios.

(30) Las mayorías exigidas pueden elevarse, en cuanto que tienen carácter mínimo. No se ha adoptado aquí tampoco una norma rígida, que hubiera favorecido a la empresa contraparte de la sociedad por acciones. Es la misma línea de política jurídica que justifica el contenido mínimo necesario de las garantías para los socios, la sociedad y los acreedores.

(31) Así se expresaba la *Denkschrift BPB*, pág. 52. Pero la intervención mayoritaria de la minoría se exige en otras ocasiones: modificar o extinguir las garantías prestadas en el momento de la celebración del contrato.

(32) Cfrs. lo dispuesto con relación a los justificantes de la convocatoria, que no necesitan añadirse al acta cuando su contenido se recoge en la misma.

la sociedad dependiente —o en situación análoga a la dependiente—, el RegEnt exige que, si la otra parte contratante es también una sociedad por acciones la eficacia del contrato de dominación o de cesión de beneficios; concurra el consentimiento de la junta general de accionistas, expresado mediante un acuerdo tomado con las condiciones previstas para la otra sociedad —§ 282, (2)—.

Este precepto es nuevo en el RegEnt y su justificación se halla en las graves consecuencias que, en caso de conclusión de estos contratos, prevé el proyecto para la sociedad dominante. Ante la posibilidad de asumir las deudas de la sociedad dominada, de indemnizas a los socios externos..., no estaría justificado que el órgano administrativo, sin ninguna intervención de los accionistas, asumiera para la sociedad las consecuencias tan rigurosas que llevan consigo este género de contrato y que, por supuesto, exceden de las que constituyen la administración normal de la sociedad (33). Por ello los requisitos exigidos para este acuerdo son los mismos que anteriormente se han examinado para el acuerdo tomado por la sociedad por acciones.

Para el resto de los contratos, el órgano administrativo de la sociedad (34) a cuya empresa no afecta directamente el negocio sigue siendo absolutamente competente, y la eficacia del negocio concluido entre los dos órganos administrativos, depende sólo del acuerdo emitido en sentido positivo por la junta de la sociedad, cuya situación como gestor de la empresa social es afectada por él.

b) Recogiendo la práctica casi constante que con anterioridad a la publicación de los proyectos se observaba en el tráfico (35), se impone la forma escrita a todos los contratos calificados como contratos de empresa (36).

2. En el ordenamiento del AktGes 1937 se discute si la existencia y la eficacia de los contratos previstos en el § 265 depende o no de su inscripción en el registro. Cuando la conclusión de estos contratos se consideraba como una modificación de los estatutos, la inscripción era necesaria —según el § 148 AktGes—, pero no en el caso contrario (37).

El carácter constitutivo de la inscripción del contrato de empresa ha sido criticado por Rautmann (38). El fundamento crítico de este autor consiste en que atribuir a la inscripción carácter constitutivo

(33) *Beg.*, pág. 218.

(34) Si es un empresario individual no se plantea, naturalmente, este problema de relación entre los diversos órganos de la estructura corporativa: la voluntad es obra del empresario o titular de la empresa, que se une con la sociedad por acciones.

(35) *Beg.*, pág. 218. Como se hace notar, los contratos de este tipo celebrados oralmente no son reconocidos en la esfera fiscal.

(36) A la cual, por lo demás, ya está impulsada la sociedad por la intervención de la junta en la celebración del contrato: así, *Denkschrift BPB*, pág. 52.

(37) *V. Beg.*, pág. 219. La necesidad de la inscripción se preconizó antes de la reforma por la *Denkschrift BPB*, pág. 52 —frente al criterio anterior.

(38) RAUTMANN, *Probleme*, págs. 188/89.

perturba innecesariamente la vida extrarregistral, porque, sin aumentar la protección de los accionistas y de los terceros, impide que el contrato de empresa despliegue todos los efectos lícitos que las partes contratantes pretenden obtener con la conclusión del contrato. Los efectos para los destinatarios de la inscripción son los mismos tanto si se trata de una inscripción constitutiva como si no lo es. Pero si se hace depender la existencia del contrato de su inscripción registral, resulta que ésta determina la fecha a partir de la cual el contrato produce sus efectos.

A fin de paliar esta crítica, la exposición aclara que el carácter constitutivo de la inscripción no excluye la atribución al contrato, una vez inscrito, de efectos retroactivos en tanto en cuanto tal atribución esté permitida por los principios generales (39).

Por otro lado, la publicidad registral no se limita al acuerdo aprobatorio del contrato, sino que, por virtud del tratamiento a que el RegEnt somete los anexos (*Anlage*) del acta (40), el contrato mismo es publicado, a fin de que los socios puedan continuar teniendo conocimiento, después de concluida la junta, de los términos en que se celebró el contrato.

B. La efectividad de cualquier modificación que experimenten los contratos de empresa, quedan sometidos al cumplimiento de los requisitos establecidos por el § 284.

Para mantener la seguridad jurídica, tan buscada en esta materia, el proyecto no distingue entre alteraciones esenciales del contrato y alteraciones sin este carácter. El mismo régimen jurídico se aplica, por lo tanto, a todas las alteraciones (41).

Los requisitos establecidos por este precepto son semejantes a los exigidos para la conclusión de los contratos, que se modifican e inspirados en las mismas razones de seguridad y publicidad ya indicadas.

En primer lugar es necesario en todo caso, el acuerdo de la junta general de la sociedad, adoptado con idénticos requisitos que establece el § 282 para la conclusión del mismo. Las particularidades que se contienen en este lugar son las siguientes.

Por la aplicación del § 282, resulta que cuando el contrato modificado es un contrato de dominación o de cesión de beneficios, es necesario el acuerdo de la junta general de la sociedad que adquiere

(39) Lo cual ha sido debatido últimamente con relación al cambio de socios: WOESTE/JACOBS, *Satzungsänderung mit rückwirkender Gültigkeit*, Die AG, 1958, págs. 221 y ss.; ZILIAS, *Rückwirkende Satzungsänderung bei Kapitalgesellschaften?*, JZ, 1959, págs. 50 y ss. El problema, como dice *Beg.*, pág. 218, no ha sido resuelto expresamente ni para el caso de la modificación de estatutos ni en el caso de los contratos de empresa —v., sin embargo, RAUTMANN, ob. cit., pág. 189, con relación al RefEnt.

(40) *Beg.*, pág. 153. A fin de resolver una cuestión suscitada en la literatura con anterioridad, el § 124 establece la necesidad de presentar en el registro no sólo el acta de la junta, sino también sus anexos.

(41) *Beg.*, pág. 219.

el dominio o a cuyo patrimonio se desvían las ganancias de la sociedad.

Además, es necesario un acuerdo especial (*Sonderabschluss*) tomado por los accionistas extraños al grupo, cuando se trate de modificar contratos que otorgan a estos accionistas el derecho a obtener una compensación o que obligan a la sociedad a adquirir sus acciones.

Este precepto es natural cuando el contrato fuese uno de los contemplados por el § 280 —contrato de dominación y contrato de desviación de ganancias— porque, siendo estas estipulaciones contenido necesario de estos tipos de contractuales, su modificación entraña automáticamente la modificación del contrato en puntos esenciales del mismo.

C. La terminación de los contratos de empresa es regulada por los § 284 y ss.

1. La disolución contractual (*vertragliche Aufhebung*) de un contrato de empresa exige requisitos menos rigurosos que los establecidos para su conclusión o modificación, pues, según el § 285, 2, no se requiere el consentimiento de la junta general, por lo cual —igual que ocurre en el AktGes de 1937—, el órgano administrativo posee competencia para terminar el contrato. La razón de esta divergencia es que la terminación devuelve a la sociedad su independencia económica.

El contrato de empresa no puede terminar más que al final del ejercicio o del lapso de tiempo determinado contractualmente.

Cuando el contrato que termina impusiera a la otra parte contractual el deber de realizar una prestación compensatoria a favor de los socios externos al grupo o de adquirir sus acciones, es necesario que concurra el consentimiento de estos accionistas expresado mediante un acuerdo mayoritario con los requisitos establecidos por el § 282.

2. La terminación de un contrato de empresa por denuncia sólo se regula por el proyecto en algunos de sus aspectos, quedando abandonados los restantes a la libertad contractual (42) y, donde ésta no se haya expresado o lo haya hecho insuficientemente, a los principios generales que regulan este medio de extinguir los contratos, con las debidas adaptaciones al caso concreto aquí considerado.

El § 286 (1) establece —de acuerdo con los principios generales válidos para las relaciones de tracto sucesivo (43)—, que un contrato de empresa puede denunciarse sin la observancia de un plazo de denuncia, siempre que concurran motivos importantes. Un motivo importante existe cuando es presumible que la otra parte contratante no estará en condiciones de cumplir los deberes, inherentes al contrato de empresa celebrado con la sociedad denunciante. Tales deberes pueden ser frente a la sociedad —deber de

(42) *Beg.*, al § 286.

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

asumir sus deudas— o frente a los accionistas —deber de compensación—.

No se impone la concurrencia de un acuerdo especial de los accionistas externos, porque la facultad de denuncia se establece en su favor, y la producción de sus efectos no debe ser demorada (44).

El consentimiento de los accionistas externos al grupo expresado en un acuerdo especial con la mayoría impuesta por el § 282 (1), es necesario cuando, sin que concurren importantes motivos, se trata de denunciar un contrato de empresa que imponga a la empresa dominante el deber de realizar una compensación a favor de sus accionistas o de adquirir sus acciones. El fundamento de este requisito es el mismo que concurre en el caso de modificación o de disolución contractual (45).

De manera semejante a lo prescrito para la celebración de los contratos de empresa, el § 287 establece que el órgano administrativo de la sociedad tiene que solicitar inmediatamente que se inscriba en el registro mercantil la terminación del contrato, así como el fundamento de la extinción y el momento en que ocurre.

Los fundamentos aducidos para estas normas son los mismos expuestos con anterioridad para justificar la inscripción del contrato. Pero existe una diferencia muy importante entre los dos casos. Mientras la inscripción del contrato tiene carácter constitutivo, la de terminación no tiene más que efecto meramente declarativo. Por ello, el § 287 impone al órgano administrativo el deber de indicar el instante en que termina el contrato, porque ese instante y no el de la inscripción es, en principio, el decisivo para producir los efectos que se atribuyen a la misma (46).

No se determina específicamente por el RegEnt el contenido de las instrucciones (*Weisungen*) que la empresa dominante pueda impartir, por virtud de un contrato de dominación, a la empresa sometida. Pero, negativamente, el § 288, referible según su tenor literal a cualquier contrato de empresa, pero aplicable de manera fundamental al *Beherrschungsvertrag* (47) establece que la sociedad sometida no puede ser determinada por una instrucción a mantener, modificar o concluir el contrato de empresa que la une al legitimado.

Las relaciones entre los diversos órganos de la estructura social se determinan en este punto según las normas que, con carácter común, se han establecido al tratar de los órganos sociales (48). La junta general puede vincular al órgano administrativo a una modificación, mantenimiento o terminación del contrato en la medida en que lo permiten los §§ 80 y 115, 2), es decir, el primero puede exigir

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

(45) *Beg.*, pág. 220.

(46) Aunque algunos efectos se producen para los acreedores a partir de la inscripción.

(47) *V. Beg.*, pág. 230.

(48) Así, expresamente, *Beg.*, pág. 221.

que la junta general decida sobre cuestiones referentes a la gestión social. Por otro lado, el órgano administrativo es, en principio, independiente del consejo de vigilancia en esta materia, pero los estatutos o el consejo de vigilancia pueden establecer, según el § 108, 4, que estos contratos y sus alteraciones sólo pueden practicarse con su consentimiento. En este caso, si el órgano de vigilancia deniega su consentimiento, la administración puede exigir que la junta general decida sobre el asunto, mediante un acuerdo que, para ser aprobatorio, requiere al menos las tres cuartas partes de los votos emitidos, siendo ésta una disposición irreformable por los estatutos, en los cuales no se puede, consecuentemente, exigir ni una mayoría más elevada ni requisitos de otro carácter.

En definitiva, lo que se pretende con este precepto es conservar la autonomía de la decisión de la sociedad sometida, por lo menos en lo que se refiere a la duración y contenido del vínculo que ha creado la agrupación.

IV. A pesar de las críticas que contra el Ent I y II se han lanzado, parece que, en líneas generales (49), haya de asentirse a la regulación que han hecho de los contratos de empresa. Es cierto que, en algunas circunstancias, la celebración del contrato de arrendamiento de su empresa por la sociedad no perseguirá finalidades de agrupamiento, sino que constituirá una forma de alcanzar el fin lucrativo propio de la sociedad. Pero, aún en estos casos, la modificación de la estructura económica de la sociedad es lo suficientemente profunda como para hacer intervenir el ordenamiento jurídico, impidiendo que se produzcan resultados injustos para una de las partes contratantes.

Aunque la celebración de estos contratos no es competencia del órgano administrativo, es preciso recordar que el acuerdo de la junta general se toma por todos los socios, algunos de los cuales puede tener intereses extraños a los sociales más poderosos que éstos. Ahora bien, la eliminación del deber de abstención del socio en conflicto no se ha hecho gratuitamente, sino que se ha sustituido una garantía cuya eficacia verdadera se considera escasa por un grupo de garantías que tutelan más eficazmente los intereses sociales de los accionistas minoritarios.

Por otro lado, aunque el contrato haya creado una equitativa composición de los intereses de las partes contratantes, en estos tipos contractuales existen siempre aspectos atinentes a la generalidad y que trascienden por lo tanto, al círculo de intereses de las partes. En primer lugar, todos los contratos de este tipo crean una efectiva concentración de empresas, ya que, mediante ellos, se establece una coordinación entre distintos empresarios participantes en el grupo, que mantienen una real comunidad de intereses, aunque sea, en el limitado marco que proporciona la relación jurídica derivada de un contra-

(49) La restricción del texto se justifica en cuanto que sólo se recogen las críticas que pueden suscitarse en un plano estrictamente finalista: adecuación de la norma a la finalidad perseguida.

to de cambio. Existe un empresario que dispone —al menos económicamente— de los productos de varias empresas, que puede influir sobre el mercado.

Ahora bien, aunque el proyecto no pretende oponerse a la concentración, una de sus finalidades es la de hacer perceptibles las agrupaciones mediante su publicación. La publicidad de estos contratos tiene unos destinatarios muy concretos que son los interesados en el mercado de acciones y, concretamente, los futuros socios. Estos podrían engañarse acerca de la situación económica de la sociedad, si no dispusieran de los medios adecuados para saber que la estabilidad de los ingresos de la sociedad procede de un contrato de comunidad de ganancias, p. ej., o que los beneficios de otra penden de la prórroga de un arrendamiento de empresa. No basta asegurar la conclusión equitativa del contrato, sino que es preciso impedir las posibles consecuencias perjudiciales del mismo para los terceros.

El tratamiento insuficiente e insatisfactorio de los otros contratos de empresa previstos por el § 281 pueden constituir el portillo por el cual se burlen las disposiciones encaminadas a tutelar los intereses de los socios y de los acreedores cuando se celebra por la sociedad uno de los contratos del § 280 —contrato de dominación y contrato de cesión de beneficios— (50).

A pesar del carácter de contratos de cambio que dichos contratos ofrecen, su celebración otorga a la empresa arrendataria, p. ej., la facultad de gestionar la empresa de la sociedad con mayor libertad, acaso, que si hubiera concluído un contrato de dominación, en cuanto que, directamente y sin el intermedio de los órganos sociales, puede tomar las medidas más oportunas a su interés, sin contar con el interés de la sociedad propietaria de la empresa cedida. El carácter causal de estos contratos es una limitación puramente teórica —y sin ninguna trascendencia práctica— de su facultad de gestión.

Por ello la conclusión de un contrato de cesión de establecimiento —en alguna de las formas previstas por el § 281— con un gran accionista es una hipótesis especialmente peligrosa para los restantes socios externos quienes, para tutelar su interés, no tienen más posibilidad que impugnar el acuerdo aprobatorio del contrato cuando la contraprestación prevista por éste a cargo de la parte contractual adquirente de la empresa no es proporcionada a la prestación asumida por la sociedad. Las probabilidades de que la impugnación prospere son escasas, ya que los socios impugnantes encontrarán dificultades casi insuperables para probar convincentemente que la contraprestación pactada es inequitativa (51). Mas aunque el contrato haya instaurado un equilibrio equitativo entre la cesión del establecimiento y la correlativa contraprestación dineraria, resulta que la otra parte contratante se apropia, en el plano de los resultados reales, del establecimiento de la sociedad, que-

(50) FLUME, *Grundfragen*, págs. 60 y ss. Antes, p. ej., DUDEN, *Zum Referententwurf...*, pág. 1102.

(51) FLUME, *Grundfragen*, pág. 60.

dando relegados los socios a meros perceptores de una cantidad fija, que poco tiene que ver con la cuantía de los beneficios que la explotación del establecimiento produce al adquirente temporal del mismo (52). En definitiva, quedan despojados del contenido económico —en el sentido recién indicado— de su posición de socios.

Para evitar estos inconvenientes se ha propuesto por Flume que la redacción definitiva establezca la prohibición de celebrar estos contratos —con excepción de los referentes a la cesión parcial de beneficios o a la comunidad de beneficios— entre una sociedad por acciones y un accionista dominante, cuando éste posee el 25 por 100 de las participaciones (53). El interés del gran accionista a disponer en alguna manera del establecimiento de la sociedad puede satisfacerse mediante la celebración de un contrato de incorporación —si aquél es sociedad anónima— o de un contrato de dominación —si no lo es o no concurren los requisitos que legitiman a una sociedad para celebrar el primero.

(Continúa en el próximo número.)

(52) Autor y ob. cits. en nota anterior, loc. cit.

(53) La posesión de acciones sería el único dato que permitiría caracterizar a una persona como gran accionista. Bastaría para alcanzar esta calificación la posesión del 25 por 100 de las acciones y no la mayoría: FLUME, ob. y loc. cits. Medida complementaria a esta prohibición sería la referente a la transmisión del patrimonio a un accionista poseedor de un número de participaciones igual al mencionado.