

CHRISTIAN O. ZECHNER  
Escribano en derecho

8

Taubengasse 11  
5 Colonia 1  
Rep. Fed. de Alemania

I

Concentración societaria en el derecho alemán.  
Algunos rasgos de las disposiciones de la "Aktiengesetz" de 1965

Resumen

A. En Alemania, el fenómeno de la concentración societaria es bien conocido. Por esto, el derecho alemán prevé, por un lado, disposiciones para canalizar la concentración, la por colaboración en las empresas vinculadas y la por unificación en la fusión; y, por otro lado, en la legislación antimonopólica, normas para defender la concurrencia afectada por dicha concentración.

B. La Aktiengesetz de 1965 contiene una regulación amplia del derecho consorcial, o sea de las empresas vinculadas.

Se entiende por empresas vinculadas: las empresas participantes mayoritarias y las participadas mayoritarias, las empresas consorciadas, las empresas participantes recíprocas y las empresas sucriptoras de un contrato de empresa.

Son contratos de empresa: el de dominación, el de entrega de ganancias, el de comunidad de ganancias, el de entrega parcial de ganancias y el de arriendo o de cesión del fondo de comercio.

Son previstas las obligaciones de comunicación para los accionistas mayoritarios o que tienen más que un 25 % del capital de una S.A. o S.C.A.. Los acreedores y los accionistas minoritarios están protegidos por detalladas disposiciones legales.

La institución de la "integración" de una sociedad con servando su personalidad permite la colaboración más estrecha entre sociedades en el derecho alemán.

C. Se entiende por fusión la unificación de los patrimonios de varias sociedades de capital eliminando por lo menos una de ellas, excluyendo la liquidación o indemnizando a los socios de las fusionantes con participaciones de las sociedades fusionarias. Se conoce la fusión por incorporación y la por constitución.

Buenos Aires, may de 1986  
CZ/sm

**FALTA PÁGINA**

- 2 -

1. Habiendo la Aktiengesetz del año 1937 previsto ya una definición del consorcio (Art. 15) (1), la del año 1965 no se limita a ello, sino que parte de una definición más amplia de las "empresas vinculadas" como término genérico. Por esto, las empresas vinculadas no se refieren solamente a los tipos de la S.A. o S.C.A., sino a todas las sociedades requiriendo la ley en su artículo 15 solamente que ellas queden jurídicamente independiente, excluyendo así el caso de la fusión.

Sin embargo, a causa de que esas disposiciones se encuentran en la ley de Sociedades Anónimas, ellas limitan su aplicación al consorcio en que participa por lo menos una S.A. o S.C.A., con algunas amplificaciones para las normas de la contabilidad en el consorcio. Si entonces la doctrina alemana tiene que desarrollar un propio derecho para regular el consorcio de S.R.L. etc., no se debe menospreciar la enorme influencia que tuvo y tiene la regulación de la Aktiengesetz como modelo.

2. Según el artículo 15 se entiende por empresas vinculadas:

a. la empresa participada mayoritaria, ya sea en capital o en los votos; y la empresa participante mayoritaria. (Art. 16) Se presume de la primera que sea dependiente de la segunda. (Art. 17 II)

b. la empresa dependiente y la empresa dominante (Art. 17) Es decisivo que una empresa tenga directa o indirectamente una influencia dominante sobre otra sociedad siendo suficiente que exista la mera capacidad (que puede surgir también de circunstancias de hecho) de ejercer tal influencia. Se presume de la empresa dependiente que integra un consorcio con la dominante.

c. las empresas consorciadas (Art. 18). Para considerarse como empresa consorciada es necesario que más allá de la mera relación de dependencia las empresas quedan coordinadas bajo una dirección común no temporaria.

Se llama consorcio de subordinación (Art. 18 I) cuando existe adicionalmente entre la empresa directiva y las otras una relación de dependencia según el criterio del artículo 17 (véase antes inc. b.) Se llama consorcio de coordinación cuando falte tal relación de dependencia.

Las dos formas pueden coincidir si, por ejemplo, la empresa dominante de un consorcio de subordinación está al mismo tiempo participando de un consorcio de coordinación. Se remarca que si bien se presume de la empresa dependiente que integra un consorcio con la empresa dominante, el campo de aplicación de los inc. b. y c. se corta solamente. Por eso existen normas en la ley que requieran para su aplicación el cumplimiento del art. 17 (Art. 71 a II, 71 d) o del art. 18 (Art. 145 III, 165 IV, 166 I) o de los dos.

Un consorcio tiene que confeccionar estados contables consolidados de consorcio. (son normas de la comunidad europea: 4. "Bilanzrichtlinie" del 25 de julio de 1978, 7. "Konzernrichtlinie" del 13 de julio de 1983 y 8. "Abschlussprueferrichtlinie" del 10 de abril de 1984)

d. las empresas participantes recíprocas (Art. 19), en que cada una tiene más que el 25 por ciento del capital de la otra empresa. Si una de ellas tiene una participación mayoritaria se considera como dominante y la otra dependiente según Art. 17.

(1) Los artículos nombrados en este trabajo se refieren (salvo otra especificación) a la Aktiengesetz de 1965.

Si las dos tienen participaciones mayoritarias las dos son dominantes y dependientes al mismo tiempo. (Art. 19 II y III)

Para limitar las participaciones recíprocas, la ley (Art. 328) prevé que una sociedad después de que la otra sociedad le dió conocimiento de una participación según Art. 20 III o 21 I, pueda ejercer los derechos de su participación adquirida recíproca solo hasta un 25 % del capital, razón por la cual su interés se limita regularmente a una participación de este porcentaje.

e. las empresas contratantes de un contrato de empresa (Art. 15) Esto se refiere al libro tres de la Aktiengesetz que conoce dos grupos de contratos, en los cuales necesariamente una S.A. o S.C.A. deben participar.

Primeramente (Art. 291), el contrato de dominación, por el cual una S.A. o S.C.A. pone su dirección bajo otra sociedad; y el contrato de entrega de ganancias en el cual una empresa se obliga a entregar la totalidad de sus ganancias a otra sociedad.

Cuando se celebren los dos contratos juntos, se constituye un llamado "contrato de órgano" (Organschaftsvertrag) que resulta un impacto impositivo importante pues se considera a las empresas como "conjunto económico" con consecuencias, por ejemplo, en el pago del impuesto de las ganancias. Es interesante tener en cuenta que el contrato de órgano fué desarrollado por el derecho impositivo ya antes de la segunda guerra mundial y que el legislador de 1965 se ajustó a la definición impositiva ya existente, razón por la cual este contrato de empresa tiene antecedentes impositivos.

En el segundo grupo (Art. 292) se encuentran los contratos de comunidad de ganancias, en el cual una S.A. o S.C.A. se obliga a unir sus ganancias entera o parcialmente con las de otras empresas para la distribución posterior de ganancias comunes; el de entrega parcial de ganancias, en el cual una empresa se obliga a entregar una parte de sus ganancias a otra empresa y el de arriendo o de cesión del fondo de comercio, en el cual una S.A. o S.C.A. arrienda o cede en otra manera la explotación de su fondo de comercio a un tercero.

3. Completando estas definiciones mencionadas, la ley prevé algunas, en 1965 muy discutidas, obligaciones de comunicación a cargo de los accionistas de informar de la existencia, de aumentos o disminuciones de sus participaciones o mayorías (Art. 20 a 22). El objetivo de esto era aclarar las relaciones interiores de la sociedad y facilitar así la aplicación de las disposiciones legales.

La obligación consiste en que cualquier empresa que tiene una participación mayoritaria según el criterio del art. 16 I o de más de la cuarta parte de las acciones en una S.A. alemana tiene que comunicarlo a aquella, que por su parte tiene que publicarlo. El incumplimiento de esa obligación produce la pérdida de todos los derechos que correspondan a esas participaciones.

Digresión: Tales obligaciones de comunicación tienen sentido en una S.A. sólo cuando existan acciones al portador o endosables como en Alemania. Son innecesarias en sistemas de la nominatividad obligatoria como lo tenemos ahora en Argentina pues la sociedad participada conoce ya a sus accionistas de sus libros. Este efecto de la nominatividad de las acciones afecta los art. 31 párrafo 3 y 33 párrafo 3 de la ley 19.550.

4. Continuo ahora con algunas detalles de los contratos de empresa.

a. Debido a la gran importancia económica y al peligro para las empresas integrantes de estos contratos, la ley prevé varias recaudos:

Así, todos los contratos de empresa necesitan la aprobación de por lo menos 75 % del capital presente en la asamblea. Para un contrato de dominación y de entrega de ganancias se requiere, cuando la empresa contratante dominante sea una S.A. o S.C.A., también su aprobación pues esos contratos constituyen obligaciones para ella también. (Art. 302 a 315) El contrato debe celebrarse por escrito y tiene efecto solamente después de su inscripción en el Registro Público de Comercio. Recaudos suplementarios parecidos son previsto para la modificación y la rescisión del contrato. (Art. 295 a 298) Cláusulas que afecten la libre decisión de un contratante sobre la continuación de un contrato de empresa son nulas. (Art. 299)

b. Además, la ley protege la sociedad y sus acreedores por disposiciones legales que, con algunas diferencias entre los distintos tipos de contratos, obligan a reforzar la reserva legal (Art. 300), a limitar la entrega de ganancias (Art. 301), a hacerse cargo de las pérdidas de la sociedad dependiente (Art. 302) y a garantizar debidamente a los acreedores anteriores del contrato cuando termine el mismo. (Art. 303)

En el caso de los contratos de dominación y de entrega de ganancias, la ley protege también a los accionistas "ajenos" o sea aquellos minoritarios que quedan afuera del contrato de empresa y que pueden ser perjudicados por la influencia de la otra sociedad sobre la dirección de su propia empresa. Por esto, el contrato de empresa tiene que prever bajo nulidad un cierto pago de compensación anual que se ajuste a las ganancias realizadas y proyectadas de la empresa en el momento de la contratación. Asimismo, el contrato tiene que conceder al accionista ajeno el derecho de enajenar sus acciones a la otra sociedad por una indemnización determinada que puede consistir en acciones de la otra sociedad o, según el caso, en dinero. (Art. 305, 306)

c. Cuando exista un contrato de dominación, la empresa dominante tiene el derecho de ejercer funciones de dirección sobre la otra empresa incluso si las instrucciones son desventajosas para la empresa dependiente siempre que aquellas esten en el interés de la empresa dominante. (Art. 308 I). Los directores de la empresa receptora están en este caso excepcionalmente (contra art. 76 I) obligados a ejecutar las instrucciones de afuera, y por lo tanto excluidos de su habitual responsabilidad quedando responsables aquellos de la empresa dirigente. Sin un contrato de dominación, la empresa dominante no puede pedir medidas desventajosas a la empresa dependiente salvo que compense las desventajas así causadas.

5. La Aktiengesetz de 1965 introdujo también la institución de la "integración" de una sociedad que es aplicable hasta ahora solamente a la S.A..

Una S.A. cuyas acciones las tiene enteramente, o un 95 % (en este caso con indemnización de los accionistas retirados) otra S.A., puede integrarse por resolución de las asambleas de las dos sociedades en la empresa dominante. La sociedad integrante llega a ser, conservando su personalidad jurídica, una sección de la sociedad dominante razón por la cual la integración permite la colaboración mas estrecha en el derecho alemán. El próximo paso sería ya la fusión. La sociedad dominante tiene el derecho de ejercer funciones de dirección sobre la sociedad integrada quedando responsable para sus instrucciones.

- 5 -

Terminaré a continuación con algunas advertencias sobre la concentración por unificación o sea la fusión.

C. Concentración por unificación. La fusión.

Considerando los numerosos casos de fusiones, el legislador alemán agravó varias veces las normas antimonopólicas correspondientes. (Art. 23 y s.s. de la "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen" de 1957) Esta lucha, por un lado en contra, sin embargo, no excluye que se prevea, por otro lado, y para los casos convenientes disposiciones de la fusión para permitir transferir patrimonios enteros de una sociedad en un sólo acto (Gesamtrechtsnachfolge), asegurando al mismo tiempo la protección de los socios y acreedores.

La ley alemana entiende por fusión en sentido técnico la unificación de los patrimonios de varias sociedades de capital o sea S.A. o S.R.L. o S.C.A., eliminando por lo menos una de ellas, excluyendo la liquidación e indemnizando a los socios de las fusionantes con acciones de las fusionarias.

La ley (Art. 336) conoce la fusión por incorporación en que una o más sociedades transfieren sus patrimonios enteramente a otra sociedad fusionaria; y la fusión por constitución en que se constituye una nueva sociedad a la que las sociedades fusionantes transfieren sus bienes.

El procedimiento está reglado en detalle para la fusión por incorporación (Art. 339 a 353) siendo de aplicación analógica a la fusión por constitución así como a la de una S.R.L. o S.C.A. . (Art. 354 a 358)

La base de la fusión es el contrato de fusión que será celebrado por los directores de las sociedades interesadas y que necesita aprobación asamblearia. Este contrato contiene, entre otros detalles, las cláusulas sobre el canje de las acciones. Sigue una examinación del contrato por llamados peritos de fusión. En las sociedades fusionarias se necesita regularmente un aumento de capital para la indemnización de los accionistas fusionantes. Finalmente se solicita la inscripción de la fusión en el Registro Público de Comercio inscribiendo primero las sociedades fusionantes. Con la inscripción de la sociedad fusionaria, que tiene efecto constitutivo, entra la fusión en vigencia. Las consecuencias son que las sociedades fusionantes se extinguen llegando sus accionistas a ser tales de la sociedad fusionaria.

Reglando el procedimiento, la ley busca asegurar la protección de los accionistas y de los acreedores de todas las sociedades interesadas, disponiendo así obligaciones de informar, publicar y examinar el cumplimiento de sus reglas. (véase algunos detalles Otaegui pg. 366)

D. Obras.

Hueck, Goetz: Gesellschaftsrecht, 1983 (München).- Otaegui: Concentración societaria, 1984 (Bs.As.).- Wueringer: Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 1981.

Buenos Aires, may de 1986  
CZ/sm