

## **La \*Sociedad Anónima Europea\***

**Por el**

**Dr. Walter Frisch Phillipp  
Profesor de Derecho en la  
Universidad Anáhuac.**

## I.—Generalidades.

- 1) Datos relativos a la elaboración del Proyecto de la \*Sociedad Anónima Europea\*.
- 2) Motivos económicos para la creación de la \*Sociedad Anónima Europea\*.
- 3) Características jurídicas de la \*Sociedad Anónima Europea\*.

## II.—Las diversas instituciones mercantiles de la \*Sociedad Anónima Europea\*.

- 1) Las disposiciones generales (arts. 1 a 10 del Estatuto).
- 2) La constitución (arts. 11 a 39).
- 3) El capital social, las acciones, los derechos de los accionistas y las obligaciones que emita la sociedad (arts. 40 a 61).
- 4) Los órganos (arts. 62 a 99).
- 5) La posición jurídica de los trabajadores (arts. 100 a 147).
- 6) El cierre del ejercicio social (arts. 148 a 222).
- 7) Normas relativas al \*Konzern\* (arts. 223 a 240).
- 8) Modificación de los estatutos (arts. 241 a 246).
- 9) Disolución, liquidación y quiebra (arts. 247 a 263).
- 10) Transformación (arts. 264 a 268).
- 11) Fusión (arts. 269 a 274).

## III.—Disposiciones fiscales y penales relativas a la \*Sociedad Anónima Europea\*.

## I.—*Generalidades.*

### 1) *Datos relativos a la elaboración del Proyecto de la \*Sociedad Anónima Europea\*.*

El 30 de junio de 1970 la Comisión de la Comunidad Económica Europea presentó ante el Consejo de la misma Comunidad un proyecto para la creación de una \*Sociedad Anónima Europea (Societas Europea, S.E.)\*. El texto del Proyecto fue publicado en el suplemento del Boletín de la Comunidad No. 8 de 1970. Contiene 284 artículos, un anexo así como un preámbulo.

El Proyecto es esencialmente el producto de la elaboración llevada al cabo por un grupo de mercantilistas encabezados por el profesor Peter Sanders.

Hasta ahora el Proyecto no ha podido convertirse en cuerpo normativo, dado que los estudios al respecto continúan todavía. El texto antes mencionado debe ser considerado como la versión actualmente vigente del Proyecto, dado que no se ha elaborado otro texto desde la publicación mencionada.

Los comentarios que siguen, descansan en la versión alemana del texto aludido.

Como estudios realizados respecto de la Societas Europea, ofrecemos los 18 señalados en la lista siguiente, de los cuales, los primeros 17 están en idioma alemán y el último en inglés.

- 1.—Entschliessungsantrag zur Festlegung der Merkmale einer europäischen Handelsgesellschaft.  
Europäisches Parlament sitzungsdokument.  
1971-1972, 8. Juli. 1971, Dokument 11370.
- 2.—Die Koordinierung des Gesellschaftsrechts und die Europäische Gesellschaft, Bibliographie Nr. 11, Kommission der EG, Stand an 15. Juni 1971.
- 3.—Entwicklung im Europäischen Konzernrecht Von Dieter Blichard in: Der Betrieb 1, 1972 S. 27-31.

- 4.—Stellungnahme zu den Vorschlägen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für ein Statut für europäische Aktiengesellschaften und für eine Bilanzrichtlinie in: *Der Steuerberater* 1972/ 10 S. 198-202.
- 5.—Vorschlag einer fünften Richtlinie über die Struktur der Aktiengesellschaft (*Bulletin der EG-Beilage* 10/1972).
- 6.—Vorschlag einer fünften Richtlinie zur Harmonisierung des Aktiengesellschaftsrechts/Informatorische Aufzeichnung Oktober 1972 (*Seminar für Öffentliches Recht* p.43).
- 7.—Harmonisierung des Aktiengesellschaftsrechts, Berichte und Informationen 30 Oktober 1972 Nr. 11/1972, Europäische Gemeinschaften-Verbindungsbüro.
- 8.—Wirtschafts und Sozialausschub der Gemeinschaft, Europäische Aktiengesellschaft, Industrieforschung und Technologie, Brüssel, 7. Nov. 1972 Nr. 164.
- 9.—Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften an den Rat (Dok. 98/70) für eine Verordnung betreffend das Statut einer europäischen Aktiengesellschaft, Sitzungsdokumente 1972-1973, 30. November 1972 Dokument 178/72.
- 10.—Auf dem Weg zu einem Europäischen Gesellschaftsrecht, D. Rehbein, *Bank-Betrieb* Nr. 12/1972 S. 480-487.
- 11.—“Hilfweise geltendes Recht” für “Europäische Aktiengesellschaften” Claudius Ficker in: *Quo vadis ius societatum liber amicorum*, Pieter Sanders pp. 37-48, 1973.
- 12.—Entwurf eines Übereinkommens über die internationale Verschmelzung von Aktiengesellschaften und Bericht zu diesem Entwurf, *Bulletin der EG., Beilage* 13/73.
- 13.—Statut für eine europäische Gesellschaft in/FT Nr. 190-22.5.1973 Anlage 1.
- 14.—Die Europäische Kooperationsgemeinschaft, Michael Wüllrich *AWD* 11/1973 S. 587.
- 15.—Vorschlag einer Verordnung des Rates über die Europäische Kooperationsvereinigung (EKV) dem am 21. Dez. 1973 übermittelt *Bulletin der EG. Beilage* 1/14.

- 16.—*Harmonisierung des Jahresabschlusses der Kapitalgesellschaften, geandert*er Vorschlag der Kommission Internationale Aufzeichnung (Februar 1974).
- 17.—Texto alemán del Proyecto que contiene buenos comentarios al mismo.
- 18.—The European Company, Simmons and Simmons, 14 Dominion Street, London, EC. 2 M 2 RJ; 280, Park Avenue, New York, NY. 10017; 82 Rue de Namur, 1000 Brussels; Marzo 1974.

Aunque México no participa en la elaboración del reglamento sobre la Societas Europea, que denominamos en este trabajo “Estatuto”, su contenido puede despertar el interés de los mercantilistas mexicanos por una razón práctica y por otra de tipo científico.

La primera en virtud de que el tráfico jurídico y mercantil internacionales se intensifican en nuestros días considerablemente, de modo que es recomendable para el jurista que ejerce la práctica profesional, conozca los rasgos principales de este tipo futuro de sociedad mercantil de importancia para las operaciones relacionadas con Europa. Por otra parte, se plasman en el Proyecto las expresiones más modernas respecto de creación legal de sociedades mercantiles de gran tamaño que disponen de un radio de acción internacional.

Por último, nos muestra el Estatuto el intento más progresista de la unificación del Derecho de sociedades.

2.—*Motivos económicos para la creación de la “Societas Anónima Europea”*. Los motivos económicos relevantes para la creación de la Societas Europea se expresan en forma clara y auténtica en el preámbulo del Estatuto de la manera siguiente:

“El desarrollo armónico de la vida económica dentro de la Comunidad, exige el desenvolvimiento de la unión aduanera con la unión económica. La realización de la última requiere como supuesto, que a parte de la eliminación de obstáculos opuestos al comercio, se estructuren, ante todo, en nueva forma y correspondiente con la extensión de la Comunidad, las condiciones relativas a la producción y a la venta, con el objeto de que el mercado ampliado funcione así como un mercado nacional. Para ello, es indispensable que las empresas cuya gestión no se limite a la satisfacción de demandas puramente locales, puedan adaptar el nuevo orden de sus actividades al nivel de la Comunidad, y que intensifiquen su radio de acción y su fuerza competitiva directamente en este nivel. Sin embargo, si esta intensificación

se realizara exclusivamente a nivel nacional, tal tendencia podría causar una separación de los mercados nacionales y, con ello, un obstáculo para la integración económica”.

“La reorganización estructural a nivel de la Comunidad requiere como supuesto la creación de la posibilidad de que se concentre el potencial de las empresas ya existentes domiciliadas en los diversos Estados miembros de la Comunidad, a través de medidas de fusión y de concentración... La fundación de empresas europeas se ofrece como medio evidente y normal, apto para que a través de su aplicación se obtenga este resultado bajo condiciones óptimas. Por lo tanto, se trata de un medio necesario para la realización de una de las metas de la Comunidad”.

“Sin embargo, a la constitución de tales empresas se oponen dificultades jurídicas, fiscales y psicológicas. Las posibilidades previstas en el Tratado de la Comunidad para la armonización de las normas legales de los Estados miembros y para la celebración de convenios relativos al otorgamiento de la libertad del derecho de sociedades de cambiar su domicilio y de fusionarse por una parte, pueden ser eficazmente aplicadas para superar varias de tales dificultades, sin embargo, por la otra parte, no podrán liberar a los sujetos respectivos e interesados en determinada operación de las del tipo mencionado, de la necesidad de decidirse para la aplicación de cierto orden jurídico nacional con el objeto de que puedan atribuir la forma jurídica indispensable de una sociedad mercantil a una empresa que tenga verdaderamente la categoría económica de europa. Las posibilidades mencionadas no pueden aún menos excluir el motivo impediende de cambio de la nacionalidad de las empresas cuyo nombre y tradición estén ligados con cierto Estado”.

“Así, el marco jurídico en el cual deben actuar todavía las empresas europeas, y el cual todavía queda determinado en forma nacional, ya no corresponde al marco económico dentro del cual deben desarrollarse las mencionadas empresas con el objeto de que brinden a la Comunidad la posibilidad de obtener sus metas. Tal situación actual puede conducir, especialmente a causa de los efectos psicológicos causados por los factores anteriores, a que se dificulten considerablemente las agrupaciones y fusiones entre sociedades pertenecientes a diversos países”.

“La única solución que ofrece la posibilidad de realizar simultáneamente la unidad económica y la jurídica de la empresa europea, consiste, por tanto, en una reglamentación con base en la cual sea posible se constituyan sociedades sometidas al Derecho nacional, y

además, sociedades sometidas exclusivamente a un Derecho uniforme que sea aplicado de manera directa a estas sociedades en todos los Estados miembros de la Comunidad, con lo que se elimina, por ende, con relación a las segundas sociedades, la vinculación jurídica a cierto país”.

“La introducción de este sistema jurídico uniforme vigente en toda la Comunidad, nos parece, por tanto, necesaria para que se posibilite así se efectúen sin obstáculos la constitución y la función de empresas que tengan la dimensión necesaria para que puedan ser consideradas como europeas y que resulten de la concentración del potencial de dos o más empresas domiciliadas en los Estados miembros de la Comunidad”.

Destacamos que, según el motivo citado, la *Societas Europea* sólo se considera como un producto societario que se obtiene por medio de la fusión o agrupación de sociedades ya existentes, o por la constitución de Sociedades filiales, pero jamás como una sociedad que se forma según la manera ordinaria (por ejemplo en forma análoga a los previstos en el Art. 90 LSM).

### 3.—*Características jurídicas de la “Sociedad Anónima Europea”.*

Según el art. 284 del Proyecto, los Estatutos tendrán validez inmediata en cada uno de los Estados miembros de la Comunidad, sin que se requiera para tal efecto la creación de normas internostatales. Este sistema denominado “selfexecuting”, también es establecido por el art. 133 de nuestra Constitución Federal. De lo establecido en el art. 284 existen solamente excepciones en cuanto a normas penales relativas al funcionamiento de la *Societas Europea*, debido a que conforme al art. 282 del Estatuto, los Estados miembros se obligan a introducir en sus órdenes jurídicos nacionales ciertas normas penales cuyo contenido se encuentra en el anexo del Proyecto.

La reglamentación de la *Societas Europea* en el Estatuto tiene un carácter exclusivo con objeto de evitar hasta el máximo grado posible la aplicación de normas nacionales. Se quiere garantizar la unificación absoluta del Derecho que no sea afectada por la aplicación supletoria de normas nacionales.

Las *Societates Europaeae* pueden ser consideradas justificadamente como “transnacionales”, dado que su organización corporativa descansa en una norma internacional. Solamente para sociedades de este tipo nos parece motivada la expresión “transnacional”. Por otra parte, no merecen tal atribución las empresas de inversión extranjera creadas con base en normas nacionales de cualquier país.

Otro ejemplo de una sociedad “transnacional” es la “Eurofima” (Société Européenne pour le financement de matériel ferroviaire), constituida por un número considerable de Estados Europeos con el fin de reunir a los ferrocarriles nacionales de tales Estados como accionistas en esta sociedad con el objeto de proporcionarles el material necesario para su funcionamiento.

La organización de esta sociedad tiene su fundamento en las normas contenidas en el Tratado celebrado entre estos Estados. Se distingue, sin embargo la Societas Europea de la “Eurofima” por medio de que ésta tiene su fundamento en normas internacionales que reglamentan sólo una sociedad (comparable con una ley orgánica creada exclusivamente para determinada sociedad), en tanto que el Estatuto objeto de este trabajo, podrá ser aplicado en forma general, de manera igual a un Código de Comercio, para la constitución de sociedades anónimas.

El carácter transnacional de la Societas Europea plantea el problema de su sumisión a la jurisdicción de un tribunal internacional o a la de los tribunales nacionales. Según el Estatuto se prevé en ocasiones la primera posibilidad y en otras, la segunda. Así, por ejemplo, la impugnación de las resoluciones que haya tomado la asamblea general de tal sociedad, se efectuará ante el tribunal nacional respectivo.

Según esta política aplicada en el Estatuto, se prevé la competencia internacional, si se trata de resoluciones que imprescindiblemente exigen, en interés de un carácter uniforme, la aplicación de un criterio exclusivamente aplicado y formado por un órgano internacional, mientras que en otras situaciones se admite cierta descentralización por la intervención de tribunales nacionales con el objeto de evitar la acumulación exagerada del trabajo a cargo de la Corte de la Comunidad.

Con el Estatuto, la Comunidad ya no se contenta con medidas de uniformación parcial de los diversos Derechos nacionales como sí se hizo en el Primer Instructivo del Consejo de la Comunidad Económica Europea sobre la Coordinación del Derecho de Sociedades de los diversos Estados miembros de la Comunidad, sino que se crea en forma directamente aplicable, un ordenamiento completo sobre la Societas Europea, en tanto que según el Primer Instructivo los Estados miembros sólo están obligados a que introduzcan en sus órdenes jurídicos normas de cierto contenido conveniente para facilitar el tráfico jurídico y mercantil dentro de la Comunidad.

La reglamentación de la Societas Europea solamente permite la constitución de tales sociedades con domicilio en uno de los Estados miembros.

Una Societas Europea podrá ser constituída únicamente por medio de fusión, de constitución de sociedad filial o de agrupación y requiere, por tanto, en forma esencial, la preexistencia de sociedades anónimas formadas según el Derecho nacional de un Estado miembro de la Comunidad, o la de, por lo menos, una Societas Europea.

La forma de la Societas Europea solamente es aplicable a empresas de dimensión mayor. Esto coincide con el requisito de fusión o agrupación, respectivamente. Se exige que el capital social sea totalmente pagado en el momento de la formación de la sociedad.

Se permite la participación de sociedades anónimas nacionales, pero no la de sociedades de otro tipo, máxime que éstas no brindan garantía con respecto a que su patrimonio se encuentre en una situación controlable y vigilada, en un grado tan alto como sí lo puede hacer la sociedad anónima dada la organización más desarrollada de ésta.

Por lo que se refiere a la reglamentación de las diversas instituciones de la Societas Europea, se refleja en ella ostensiblemente la gran influencia de la Ley alemana de sociedades por acciones del año 1965, que consideramos como la creación más importante y magistral del legislador mercantil alemán producida en la parte que ha transcurrido hasta ahora de nuestro siglo.

## II. *Las diversas instituciones mercantiles de la "Sociedad Anónima Europea".*

### 1.—*Las disposiciones generales (arts. 1 a 10 del Estatuto).*

Según el artículo primero del Estatuto, la constitución de Societas Europea solamente podrá ser efectuada en el territorio de los países pertenecientes a la Comunidad Económica Europea, en las formas previstas en el Estatuto.

La Societas Europea tiene la estructura de una sociedad anónima, su capital social está dividido en acciones, los accionistas sólo responderán hasta el monto de sus aportaciones.

La Societas Europea, que abreviamos en adelante como "S.E.", tiene el carácter de sociedad mercantil independientemente del objeto que tenga en un caso concreto, con lo que coincide con los arts. 4 LSM y 2695 Cod. Civ. D.F.

Las únicas vías previstas para la constitución de la S.E. son las siguientes (arts 2, 3):

*Constitución a través de sociedades anónimas nacionales:*

Estas sociedades anónimas de las cuales, por lo menos dos, deben estar sometidas a órdenes jurídicos de dos distintos de los países pertenecientes a la Comunidad Económica Europea, podrán crear una S.E. por medio de fusión, de la constitución de una  *Holding*  o de la constitución de una sociedad filial. Se admite, por tanto, solamente la fusión por medio de la creación de nueva sociedad, pero no la fusión a través de absorción.

Dado el requisito de que las sociedades participantes en la constitución deben estar sometidas a distintos órdenes jurídicos nacionales, cuando menos dos de ellos, se muestra claramente la tendencia de que la S.E. sólo servirá para operaciones de rango internacional.

La fusión sirve para la concentración jurídica del potencial empresarial, la formación de  *Holding*  para la concentración económica, aún cuando no en la misma sociedad, del potencial empresarial, y por último, la constitución de una sociedad filial tiene por sí misma carácter de desconcentración del potencial mencionado no obstante que en el futuro la existencia de una sociedad filial conduzca normalmente a una expansión del potencial mencionado.

Según el art. 86 del Tratado sobre la Comunidad Económica Europea, la concentración del potencial empresarial que se efectúe en cualquier forma, se prohíbe, si por medio de tal concentración se crea un monopolio, sin que se requiera para que tal prohibición surta efectos, que las empresas respectivas cometan actos abusivos basados en su posición monopólica, como lo sostuvo la Corte de la Comunidad Económica Europea en su conocida e importante resolución en el caso de Continental Can en el año 1973. La formación de la S.E. encuentra, por tanto, en el art. 86 mencionado su barrera limitativa.

*Constitución a través de S.E.*

Una S.E. ya existente puede constituir otra S.E., por medio de la fusión, formación de una  *Holding*  o de una sociedad filial, operaciones éstas que pueden ser efectuadas con otra S.E. o con una sociedad anónima constituida con base en el Derecho de un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea. Además, una S.E., ya existente puede constituir una sociedad filial en forma de S.E. En este último caso se admite que una S.E. nazca ya como sociedad unipersonal.

Tales situaciones son en lo general raras, dado que los órdenes jurídicos que en principio admiten las sociedades unipersonales, las permiten, en general, sólo en forma derivada, es decir, que después del nacimiento de la sociedad, un socio adquiera todas las acciones mientras que la forma de sociedad unipersonal creada en forma originaria únicamente se admite en casos excepcionales, como por ejemplo en los arts. 50 a 56 de la Ley alemana sobre la transformación de sociedades, según los cuales el comerciante individual puede transformar su empresa en una sociedad anónima cuyo único socio sea el mismo comerciante.

Respecto de la limitación de la concentración del potencial empresarial por medio del art. 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, se aplicará también a los casos comentados de la constitución, lo que expusimos anteriormente.

El capital social de la S.E. debe contar por lo menos 500.000 unidades contables de la Comunidad en los casos de fusión o de formación de Holding, 250,000 unidades contables en el caso de constitución de una sociedad filial por dos o más sociedades y, por último 100,000 unidades contables en aquel de la constitución de una sociedad filial unipersonal (art. 4).

Una unidad contable corresponde según cotización en el curso del año 1975 a 1,3689 US-Dollar.

El art. 5 del Estatuto permite que una S.E. tenga más de un domicilio. Esta extraña posibilidad, desde el punto de vista de las reglamentaciones respectivas en el Derecho nacional, podrá causar dificultades en los casos en los que el domicilio sirva como punto de contacto para ciertas relaciones jurídicas, como por ejemplo, el de la competencia judicial.

Como ya dijimos, el domicilio debe encontrarse en el territorio perteneciente a la Comunidad Económica Europea.

Otra especialidad se presenta al respecto, a saber; el Estatuto no fija ciertos requisitos relativos al concepto de domicilio, como sí lo hace, por ejemplo, el art. 33 Cod. Civ. D.F., según el cual "las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración. "Por tal motivo no se requiere la existencia de un "domicilio efectivo", se puede, por tanto, hacer uso de un "domicilio formal" que solamente existe en los estatutos de la S.E.

Esta situación tiene su razón de ser y se basa en que la S.E. no está sometida a un orden jurídico nacional, de modo que el domicilio no debe ser aplicado como un punto de contacto para la determinación de cierto orden jurídico relevante para la sociedad respectiva.

El art. 6 del Estatuto contiene las definiciones de los conceptos de empresas dominante y dependiente. Estos conceptos son importantes para la reglamentación y aplicación de las normas sobre la agrupación de empresas que comentaremos más adelante. Estas relaciones de dominación y de dependencia, respectivamente, se aplicarán solamente en los casos en que de por lo menos una de las empresas participantes en tal relación tenga la forma de S.E. Se define como empresa dependiente o dominada aquella sobre la cual otra empresa, es decir, la empresa dominante, puede ejercer una influencia dominante, sea en forma directa o indirecta. La última forma existe, por ejemplo, en el caso de la influencia que ejerza una sociedad a través de su filial sobre su sociedad "nieta". Relevante es solamente la posibilidad de que se ejerza la influencia mencionada, sin que se requiera la efectiva existencia del ejercicio. Para el efecto de este concepto no se exige que la posibilidad de influencia exista por ciertos motivos, es suficiente la posibilidad en sí, como por ejemplo, por la razón de ser un acreedor importante, un cliente principal, un proveedor importante, o un socio mayoritario. El mismo artículo del Estatuto establece diversos casos de *praesumptio juris et de jure* y uno de *praesumptio juris* con relación a la existencia de relaciones de dependencia o dominación, respectivamente. La presunción del tipo mencionado al último está prevista para el caso de que una empresa participe en forma mayoritaria en el capital social de otra, mientras que la presunción de la primera índole se refiere a las instituciones siguientes: en el que una empresa disponga de la mayoría de los votos de los socios, emitibles de la otra empresa, o el que una empresa pueda nombrar más de la mitad de los miembros del órgano administrativo o directivo de otra empresa, o el que una empresa pueda ejercer influencia sobre otra, con bases en un contrato de agrupación de empresas celebrado entre las dos. Es fina la distinción entre mayoría en la participación en el capital social, por una parte, y mayoría en el número de votos emitibles, por la otra, distinción ésta relevante respecto de los accionistas sin derecho de voto.

Un tema principal es el reglamentado en el art. 7 que determina el Derecho aplicable a la S.E., en la siguiente forma:

Si se trata de objetos en principio reglamentados en el Estatuto, se aplicarán las normas del mismo. Este tiene también validez en los casos en que respecto a una cuestión jurídica relativa a uno de los objetos mencionados no exista disposición expresa en el Estatuto, dado que en esta situación se aplicarán los principios generales en los cuales descansa el Estatuto. Si estos principios tampoco ofrecen solu-

ción a la cuestión, se aplicarán las normas de contenido común de los Derechos de los Estados pertenecientes a la Comunidad o, en última instancia, los principios generales de contenido común de tales Derechos.

El Estatuto prohíbe como resulta de lo anterior, la aplicación de ciertas normas nacionales de sólo un Estado, con el objeto de lograr la unificación del Derecho comunitario.

Si se trata de objetos en principio no reglamentados en el Estatuto, se aplicará el Derecho nacional de uno de los Estados miembros de la Comunidad, que sea aplicable al caso concreto. La *lex fori* de la autoridad judicial respectiva indicará, según las normas conflictuales contenidas en tal ley, el Derecho nacional aplicable en el caso concreto, como se sostiene en los comentarios de la versión alemana del texto del Estatuto.

La Corte de la Comunidad tiene competencia para resolver en casos concretos acerca de la cuestión de si un objeto está en principio reglamentado en el Estatuto, como se opina en los mismos comentarios.

El art. 7 comentado se refiere solamente al campo corporativo de la S.E., y no a otras relaciones jurídicas en las cuales se encuentre la S.A., tales como por ejemplo, sus relaciones con otros sujetos jurídicos, emanados de un contrato de compra venta celebrado entre la S.E. y otro sujeto.

Se inscribirán las S.E. en un registro que se lleve en la Corte de la Comunidad. Resolverá esta última sobre la inscripción, con el objeto de que los criterios sobre el cumplimiento con los requisitos necesarios para la constitución de S.E. sean aplicados de manera uniforme.

Cada uno de los Estados miembros establecerá en su territorio una sucursal del registro mencionado, en la cual se inscribirán las S.E. domiciliadas en tal territorio nacional. Así las inscripciones son dobles, es decir, en el registro central y en los locales, sin embargo, la competencia para permitir las inscripciones, la tiene exclusivamente la Corte.

Todas las comunicaciones relativas a la S.E. que se efectúen en forma pública por ella misma, como por ejemplo las convocatorias de la asamblea general, y las hechas por la Corte, v. gr. como el permiso de inscripción de la S.E., se harán en el boletín de la Comunidad, en el diario oficial del Estado en cuyo territorio se encuentre el domicilio de la S.E., y en un periódico del mismo Estado.

## 2. *La constitución (arts. 11 a 39).*

Las normas relativas a la constitución de la S.E. se dividen en disposiciones generales sobre la constitución y en las destinadas en forma especial a los diversos tipos de constitución.

En cuanto a las normas generales, el art. 11 preceptúa que la Corte de la Comunidad Económica Europea resolverá sobre la inscripción registral de la S.E.

Por lo que se refiere a los documentos necesarios para la inscripción, merecen mención los requisitos siguientes, dado que su determinación se basa en el carácter especial de la S.E.:

Se requiere, a parte de los estatutos de la S.E., la formación de un acto de constitución de la S.E., en el cual se declare que la constitución respectiva corresponde a una de las vías previstas para la constitución de la S.E. según los arts. 2 y 3. Además, deben manifestarse en el acto aludido, los motivos y objetos económicos que hayan sido relevantes para la constitución. Esta última manifestación es necesaria, dado que la constitución de una S.E. no se hace con base en intereses limitados a una sola empresa, como sí lo existe frecuentemente en los casos de la constitución de sociedades anónimas llevada al cabo de acuerdo con un Derecho nacional, sino la constitución de la S.E. es la base corporativa para una pluralidad de empresas y sociedades, cuyo objeto o estrategia deben ser manifestados en forma pública. Ello corresponde al rasgo característico de la Ley alemana sobre sociedades por acciones, en cuanto a la reglamentación contenida en esta ley sobre la agrupación de empresas. Esta no está prohibida ni carece de normas detalladas, el legislador se animó a una reglamentación exhaustiva, pero, por la otra parte, exige una manifestación pública de las relaciones de agrupación.

Se requiere además la presentación de un balance de apertura de la S.E. y del informe de auditores con la solicitud de inscripción de la S.E.

El balance normalmente nos parece ser necesario pues la S.E. comienza su vida corporativa en calidad de propietaria directa o indirecta de una empresa cuya existencia exige, en interés de los acreedores y del público, que la situación económica de la S.E. se manifieste públicamente desde el principio.

La misma idea legislativa demuestra en el art. 33 de la Ley austriaca sobre la S.A. del año de 1965, en el cual se exige la publicación y el depósito registral de un balance de apertura de la S.A. constituida con base en aportaciones en especie.

El informe de los auditores se efectuará por uno o más auditores nombrados por las sociedades que constituyan la S.E. El informe contendrá una revisión de todas las circunstancias relevantes para la constitución de la S.E., especialmente comentarios al balance de apertura, a la evaluación de aportaciones en especie y al requisito del pago completo del capital social. Mediante tal auditoría la Corte tiene la posibilidad de informarse acerca de la verdad material de las circunstancias manifestadas para los efectos de la constitución, mientras que en el Derecho mexicano el estudio judicial sobre la constitución de la S.A. no puede llegar hasta tal grado, debido a que se limita a la cuestión acerca de si los datos contenidos en la documentación presentada ante el juez, corresponden a las normas legales (verdad formal), sin que el juez posea medios para investigar si el contenido documentado es veraz o no.

Tomando en consideración la importante tarea que tienen los auditores de fundación, nos parece más adecuada la reglamentación legal según la cual la autoridad judicial, que resolverá sobre la inscripción registral de la sociedad, nombrará a los auditores, que la otra forma apicada en el Estatuto, conforme a la cual los fundadores mismos de la sociedad hacen tal nombramiento. La primera forma está prevista en los arts. 33 y 25 de las Leyes alemana y austriaca sobre las sociedades por acciones y sobre la S.A., respectivamente.

El art. 17 del Estatuto nos parece característico en cuanto a la competencia de la Corte, para indagar la verdad material de las circunstancias relevantes para la constitución de la S.E., dado que este artículo dispone que la Corte puede servirse de oficio, de un perito como auditor que revisará todas las circunstancias respecto de su carácter completo y verdadero, y que la Corte puede exigir de los fundadores cualquier información relativa a la constitución.

El art. 16 del Estatuto contiene una institución de mucha importancia para la constitución de sociedades también a nivel nacional, institución que se llama "constitución consiguiente". Según ésta, las adquisiciones de bienes de cierta cantidad relacionada con el capital social de la sociedad respectiva, que se efectúen durante ciertos años contados desde el nacimiento de la sociedad, requieren supuestos especiales para su validez, tales como el consentimiento de la asamblea general y el cumplimiento con los requisitos legalmente previstos para la constitución de la sociedad en el mismo ordenamiento en los casos de constituciones por medio de aportaciones en especie, así como de la auditoría mencionada.

Por medio de esta institución jurídica se requiere tomar medidas

contra los intentos de evasión consistentes en que los fundadores de la sociedad “aportan por lo pronto”, dinero o bienes “buenos” y, en un momento relativamente próximo a la constitución así ostentada, se cambian las aportaciones por las verdaderamente intentadas, es decir, por bienes “malos”.

Si un ordenamiento no contiene prevenciones contra la “constitución consiguiente” todas las disposiciones relativas a la constitución de sociedades podrán ser evadidas fácilmente.

Según el art. 19 del Estatuto la S.E. nace en el momento de la publicación respectiva en el boletín de la Comunidad. A partir de este momento no podrán ser hechos valer defectos que afecten a la constitución de la S.E. Este efecto corresponde más o menos al art. 2, segundo párrafo LSM y a las opiniones doctrinarias sostenidas al respecto.

La figura de la “sociedad irregular” no está prevista en el Estatuto. Las personas que actúen a nombre de la S.E. antes de su nacimiento, responderán en forma personal y solidaria.

De las disposiciones establecidas en el Estatuto con relación a la constitución de la S.E. a través de la fusión, nos parecen de interés sólo las siguientes:

En tanto que la LSM no preve la posibilidad de que los accionistas de las sociedades absorbidas por la fusión adquieran, a parte de acciones de la sociedad subsistente o de la creada por la fusión respectivamente, cantidades en efectivo que son especialmente necesarias en la práctica para compensar fracciones que no pueden ser pagadas por medio de acciones, el art. 21 del Estatuto preve un límite de 10% contado del capital social de la S.E., es decir del valor nominal de las acciones que se emitan por la fusión, para pagos en efectivo. Sin embargo, este límite de 10% sólo podrá ser utilizado para compensar las fracciones mencionadas, con lo que el Estatuto se distingue de otros ordenamientos que permiten que el límite respectivo pueda ser utilizado también para otros efectos, es decir, independientemente de la existencia de fracciones no canjeables por nuevas acciones.

Desde el punto de vista general, en la reglamentación de la fusión se plantea para el creador del ordenamiento respectivo, la cuestión de si los acreedores podrán mediante oposición, impedir la fusión, como un modo de solución, o solamente obtener el aseguramiento de su crédito, sin que se impida la fusión, como otro modo de solución.

Esta alternativa tiene importancia para la política jurídica perseguida por el creador del ordenamiento respectivo, debido a que la fusión sirve en muchos casos para intereses empresariales, mientras

que la protección de los acreedores es en interés de los acreedores mismos, de modo que puede suscitarse el problema de dar preferencia a éstos o a aquellos intereses.

En la LSM se concede preferencia a los intereses de los acreedores quienes mediante oposición podrán impedir la fusión (art. 224 LSM). Sin embargo, en el pensamiento más moderno predomina el interés empresarial, de modo que se permite solamente la oposición de los acreedores con el objeto de que obtengan el pago o el aseguramiento de sus créditos. Esta tendencia legislativa se encuentra expresada en el art. 8, fracción XIII, de la Ley Bancaria según su última reforma y en los arts. 347, 353 y 227, 233 de las Leyes alemana y austriaca citadas, respectivamente. Por lo que se refiere al Estatuto, éste comparte en el art. 27 el nuevo pensamiento legislativo.

Es característico para la postura protectora de los intereses empresariales existentes en el Estatuto, que esta protección se haga también frente a los intereses individuales de los accionistas en el art. 24 por medio del que se exige, por una parte, una mayoría calificada de la resolución de las asambleas generales de las sociedades fundadoras sobre la fusión, pero, por la otra, se impide una fijación de requisitos de mayoría más elevada.

Las novedades de mayor grado se presentan en la reglamentación de la constitución de la S.E. por medio de la constitución de una Holding que tenga la forma de S.E. Por lo que se refiere al concepto de la Holding, en el Estatuto se supone como concepto de la misma, que la Holding sea la sociedad matriz de las sociedades que hayan constituido la Holding, sin que ésta tenga una empresa de producción o de comercio, en sentido general, sino que posea como único objeto la dirección de sus sociedades filiales que hayan constituido la "Holding". Así se distingue la Holding de otras sociedades matrices.

Si pensamos desde un punto de vista general, es la situación de la existencia de dos o más sociedades de producción o de comercio que persiguen el fin de constituir una Holding que las dirija en forma común (concepto de la "dirección común", relevante para la agrupación de empresas en forma de "Konzern"), se presentan las siguientes posibilidades para la obtención de tal fin:

Las sociedades de producción o de comercio constituyen la Holding de modo que son los socios de la misma. Esta forma tiene sólo importancia práctica en los casos en los que se trate de un "Konzern" coordinado, es decir en los que las sociedades se sometan a una dirección común en la cual pueden participar en forma de igualdad, en tanto que en los casos de "Konzern" en forma de subordinación,

la dirección común se efectúa exclusivamente por la voluntad de un empresario frente a otro que es el subordinado. La forma de la constitución planteada no está prevista en el Estatuto, dado que éste no permite que las sociedades productoras o comerciales sean socios de la Holding.

Otra posibilidad generalmente aplicable para la constitución de una Holding consiste en que las sociedades productoras o comerciales constituyen una nueva sociedad en la cual aportan sus empresas, de modo que las primeras se transforman económicamente en Holdings cuyo objeto consiste en la dirección de la sociedad filial que posee el o los objetos que hayan tenido anteriormente las sociedades matrices (Holdings).

Así se forma un "Konzern" de coordinación, dado que la dirección común sobre la nueva sociedad puede efectuarse en forma de igualdad. Esta forma de constitución de Holdings no nos parece excluida por el Estatuto aunque no está prevista en forma expresa en la sección comentada intitulada "Constitución de una Holding— S.E.". Sin embargo, como fundamento implícito para la admisibilidad encontramos las secciones sobre constitución de S.E. como sociedad filial común o como sociedad filial unipersonal, que comentaremos más adelante.

En estas dos últimas secciones se permite la constitución de S.E. como sociedad filial, sin que se prohíba que las sociedades fundadoras aporten sus empresas en forma total a la nueva sociedad filial. Precisamente por tal aportación completa, las sociedades fundadoras se convierten en ipso en Holdings.

Por último, la forma expresamente prevista en los arts. 29 y siguientes del Estatuto para la constitución de Holding-S.E. consiste en que las sociedades productoras o de comercio actúen como fundadoras de la Holding, con la variante sin embargo, de que todas las acciones de las sociedades fundadoras se transmitan a la Holding que por su parte emite acciones a los accionistas de las sociedades fundadoras.

En esta forma se evita el efecto señalado anteriormente en la primera figura de constitución de Holding, según el cual las sociedades fundadoras productoras o de comercio, subsisten en forma de sociedades matrices de la Holding, y se obtiene por la otra parte, como resultado, el que los accionistas de las sociedades fundadoras se conviertan en accionistas de la Holding. Así, desde el punto de vista económico, poseen ahora tales acciones las empresas reunidas en el grupo dirigido por la Holding, a través de la misma y de las socie-

dades fundadoras que conservan su carácter como productora o comerciante y que subsisten jurídicamente. Precisamente por tal subsistencia se distingue la situación comentada de aquella de la fusión en cuyo caso las sociedades que hayan constituido por medio de fusión una nueva sociedad, desaparecen. La constitución comentada de Holding corresponde por su efecto económico, a un "Konzern" de coordinación. Para la obtención de un "Konzern" de subordinación se presentan las bases normativas previstas en el título del Estatuto, que reglamenta la agrupación de empresas (disposiciones relativas al "Konzern").

Si no existiera la forma comentada de constitución de la Holding prevista en los arts. 29 y siguientes del Estatuto, se podría obtener el resultado fijado en estos artículos solamente de la siguiente forma con base en las normas tradicionales: Todos los accionistas de las sociedades productoras o de comercio deberán constituir una nueva sociedad (Holding) y aportan a la misma sus respectivas acciones con lo que la Holding es acionista de las sociedades mencionadas y los accionistas se convierten en socios de la Holding. Para tal operación sin embargo, se requiere de la actuación unánime de todos los accionistas, dado que éstos, no sus sociedades, actúan como fundadores de la Holding.

El Estatuto, sin embargo, antepone el interés empresarial de la constitución de la Holding y permite, por ende, que cierta mayoría calificada de las asambleas generales de las sociedades fundadoras resuelvan sobre la constitución. De esta forma puede acontecer la transformación forzosa de la minoría disidente de los accionistas, que así se convierten, por la voluntad mayoritaria de los accionistas, de socios de las sociedades productora o de comercio, en socios de la Holding. De nuevo se plasma en esta nueva figura del Estatuto la protección mayor del interés empresarial y la posposición del interés individual del accionista.

Por lo que se refiere a las formas de constitución de S.E. por medio de la constitución de una sociedad filial común y de la constitución de una sociedad filial unipersonal, no se presentan particularidades que merezcan comentarios adicionales.

3). *El capital social, las acciones, los derechos de los accionistas y las obligaciones que emita la sociedad (arts. 40 a 61).*

El capital social de la S.E. podrá ser determinado en la moneda nacional de un Estado miembro de la Comunidad o en unidades contables de la Comunidad, tomando en cuenta las cantidades mínimas

del capital social fijadas en el art. 4 del Estatuto. Si se sirve de la expresión en una moneda nacional, la cifra de capital social debe corresponder, en el momento del nacimiento de la S.E., por lo menos al valor mínimo fijado en el artículo citado con base en la relación de cotización existente entre la moneda nacional y la unidad contable.

El tipo de moneda o unidad contable, en su caso, según lo elija la S.E., debe ser aplicado para todos los efectos corporativos de la misma, así, tanto como para la determinación de la cifra del capital social, como para la fijación del valor nominal de las acciones, para el balance anual, con el objeto que exista al respecto uniformidad en el ámbito corporativo.

Se permite el aumento de capital social en forma efectiva y en forma nominal. Esta se efectúa por la utilización de las reservas, es decir, de su conversión en la parte aumentada de capital social. En los casos de aumento efectivo se requieren exhibiciones íntegras de las aportaciones suscritas. El capital autorizado está previsto en el art. 41 del Estatuto.

El derecho de adquisición preferente de los accionistas respecto de las nuevas acciones que se emitan en el caso de aumento de capital social, está previsto en el art. 42, se permite, sin embargo, en el mismo artículo, que se excluya tal derecho parcial o totalmente en la misma resolución que se tome sobre el aumento. Esta posibilidad es típica de ordenamientos que anteponen el interés empresarial, posponiendo el individual de los accionistas. La LSM no permite tal exclusión.

Muy conveniente nos parece la disposición según la cual se requiere la auditoría relativa a aportaciones en especie en el caso de aumento de capital social.

La reducción de capital social se permite en forma efectiva (por medio de pagos a los accionistas) y en forma nominal (para compensar pérdidas). La reducción solamente puede ser efectuada por medio de la reducción del valor nominal de las acciones, no a través de su cancelación (exclusión del accionista) ni por fusión de acciones.

Si se reduce el capital social en forma nominal, las utilidades que en tal caso resulten en virtud de que la reducción fuera tan amplia que los activos sean superiores a los pasivos, no podrán ser repartidas entre los accionistas sino hasta pasados tres años. Esta protección de los acreedores de la S.E. es muy importante.

A diferencia del art. 9 LSM, los acreedores de la S.E. no podrán

impedir la reducción de capital social, sino solamente exigir ante la autoridad judicial que se paguen o aseguren sus créditos.

Se permite la combinación entre reducción y aumento de capital social.

El art. 46 del Estatuto no solamente prohíbe la adquisición de las propias acciones por la S.E. misma, sino también de las acciones de la S.E. por una empresa dependiente de la misma. Esta norma es necesaria, dado que el efecto económico negativo de la adquisición de las propias acciones, motivo de su prohibición legal, se presenta también en los casos en los que la adquisición se efectúe por una empresa dependiente de la sociedad emisora de tales acciones, máxime que las dos sociedades económicamente forman una unidad.

No se admiten acciones sin valor nominal. La existencia de varias clases de acciones está permitida así mismo la de acciones sin derecho de voto. Se distinguen sin embargo, éstas de las previstas en el art. 113 LSM, dado que las primeras conceden al accionista todos los derechos con excepción del derecho de voto, en tanto que los titulares de las segundas sólo tienen los derechos fijados en el art. 113 LSM, situación ésta que reduce inconvenientemente los derechos de tales titulares, como por ejemplo el derecho a adquisición preferente según el art. 132 LSM y el derecho a oponerse a una afectación indirecta de tales titulares efectuada por medio de la emisión de acciones con rango igual o de rango mejor.

No se permiten las acciones de voto múltiple, pero sí la de acciones de valores nominales distintos. Los derechos emanados de estas acciones deben ser proporcionales a sus valores nominales.

Se permite la emisión de acciones nominativas, al portador y de acciones vinculadas (el tipo de éstas está previsto en el art. 130 LSM).

La S.E. podrá emitir obligaciones que pueden tener la forma de obligaciones ordinarias o de obligaciones convertibles. Sin embargo, bajo el concepto de estas últimas se comprenden, no solamente las mencionadas en el art. 210 bis LTOC, sino también aquellas cuyos titulares tienen el derecho a la adquisición preferente de acciones emitidas en el caso de aumento de capital social, sin que se restituyan las obligaciones.

Los accionistas de la S.E. tienen un derecho de adquisición preferente, de obligaciones convertibles, que lamentablemente no establece la LSM.

El art. 61 del Estatuto contiene, en interés de la seguridad ju-

rídica una norma que prohíbe la emisión de títulos de crédito no expresamente admitidos en tal Estatuto por medio de los cuales las personas que no sean accionistas, adquieran derechos a participar en el patrimonio de la S.E. o en sus utilidades. Así se prohíben implícitamente los bonos de fundador, las obligaciones con el derecho a participar en las utilidades, las "acciones de goce" (art. 136, 137 LSM) que, en nuestra opinión, no son acciones, sino certificados de goce, dado que no son partes integrantes del capital social de la sociedad.

#### 4). *Los órganos (arts. 62 a 99).*

La competencia de los órganos atribuida por el Estatuto a los mismos sigue el "principio de la división de poderes", más adecuado a la administración de grandes empresas que el de la supremacía de la asamblea general (art. 178 LSM), según el cual ésta puede intervenir en cualquier operación de la sociedad dada su calidad de órgano supremo.

El consejo de administración (administrador único) tiene en la S.E. competencia para la administración y la dirección de la misma, mientras que el consejo de vigilancia ejerce la vigilancia. Ciertas operaciones de importancia mayor requieren del consentimiento del consejo de vigilancia para que el consejo de administración pueda efectuarlas, sin embargo, el consejo de vigilancia jamás podrá ordenar se efectúen estas operaciones o cualquier otra, máxime que tal facultad sería incompatible con la competencia de vigilancia.

El consentimiento emitido en un caso concreto por el consejo de vigilancia respecto de cierta operación, no exonera al consejo de administración de su obligación de reparar el daño culpablemente causado a la sociedad por tal operación de lo cual se infiere que la única responsabilidad por la dirección y administración de la S.E. la tiene el consejo de administración.

Por último, la asamblea general no podrá intervenir en principio en operaciones concretas, a no ser que se trate de las especialmente mencionadas en el Reglamento, como por ejemplo, declarar su consentimiento a operaciones de importancia como la celebración de un contrato de agrupación de empresas.

La asamblea general nombra a los consejeros de vigilancia, quienes por su parte nombran a los consejeros de administración, y tiene competencia para modificar los estatutos.

Por medio de estas facultades la asamblea general tiene prácticamente en sus manos la disposición de los fundamentos de la socie-

dad, sin embargo, este resultado práctico no afecta a la existencia de la división de poderes mencionada, dado que cada uno de los tres órganos tiene su propia competencia.

Solamente las personas físicas pueden ser consejeros de administración. El Estatuto no preve cierto período para el cargo de administrador. Tal falta es inconveniente, debido a que los largos períodos en el desempeño del cargo y los renombramientos tácitos son absolutamente desfavorables para el desempeño satisfactorio del cargo. El consejero debe saber que su cargo está limitado a un plazo no excesivamente largo y que para su nombramiento necesita de una nueva resolución expresa, con el fin de que a causa de ello se esfuere en el mayor grado posible con el objeto de lograr su renombramiento.

El Estatuto preve la revocación del consejero por motivos graves. La revocación podrá ser declarada por el consejo de vigilancia. Las limitaciones al poder del consejero solamente surten efectos internos, pero no causan efectos frente a terceros de buena fe, con lo que se distingue el Estatuto del art. 10 LSM, según el cual limitaciones al poder sí son oponibles a terceros, si tales limitaciones están inscritas en el Registro mercantil (arts. 26, 29 Cod. Com.). Con esto, el Estatuto protege un mayor grado a los que operen con la S.E. que a ella misma. El mismo principio se destaca respecto de la cuestión de la validez de los actos ultra vires (art. 67 del Estatuto). En tanto que, según los arts. 10 LSM, 26 Cod. Civ. D.F. tales actos carecen de validez, el art. 67, sí establece la misma.

Los cargos de consejero de administración y de consejero de vigilancia son incompatibles.

Los consejeros de vigilancia no podrán representar a la S.E. sino solamente en actos judiciales o extrajudiciales que se efectúen entre la S.E. y los consejeros de administración.

El nombramiento de los consejeros de vigilancia no podrá ser por un período superior a 5 años. Solamente podrán ser consejeros de vigilancia las personas físicas. Los consejeros de vigilancia forman el consejo de vigilancia como órgano colegiado a diferencia de los comisarios en el Derecho mexicano, que actúan en forma individual.

El número de consejeros de vigilancia debe ser divisible entre tres, dado que, como veremos más adelante, la tercera parte de los consejeros debe consistir de representantes de los trabajadores de la empresa.

Una reglamentación muy interesante por su carácter protector de la gran masa de los accionistas de la S.E., se encuentra en el art.

82 del Estatuto, respecto del cual existen ejemplos análogos en los Derechos inglés, francés y norteamericano, como lo indican los comentarios a este artículo contenidos en la versión alemana del texto del Estatuto.

Según este artículo, los miembros de los consejos de administración y de vigilancia, los auditores encargados del cierre del ejercicio social de la S.E. que tengan la calidad de accionistas de la S.E., y los accionistas de la misma que posean acciones cuyo valor nominal excediere de 10% del capital social de la S.E., deben convertir sus acciones en acciones nominativas o depositarlas en un banco. Estas personas deben comunicar al Registro Europeo de las S.E. los datos relativos a las acciones mencionadas anexando a su comunicación una constancia bancaria sobre el depósito de las acciones o una constancia de la S.E. sobre la inscripción de las acciones en el libro de las acciones. Todas estas obligaciones y las siguientes existen en el caso en que las acciones de las S.E. se ofrezcan en bolsa.

Continúa el mismo artículo disponiendo que las personas mencionadas deban comunicar también al Registro mencionado las compras y ventas de tales acciones indicando los precios respectivos. El Registro debe llevar listas que contengan todos los datos relativos a las acciones mencionadas inclusive de las operaciones y precios respectivos. La lista estará abierta a la vista del público. Cualquier ganancia que obtuvieren las personas aludidas, por medio de compras y ventas especulativas, es decir, que se efectúen dentro de un plazo de 6 meses, se considerará como hecha por la S.E., motivo por el cual las cantidades así obtenidas deberán ser entregadas a la S.E. dentro de 8 días.

Según los comentarios a este artículo, éste protege los intereses de los accionistas distintos de los mencionados, dado que los primeros no disponen de la información relevante para la cotización de las acciones que sí tienen las personas obligadas por el artículo de que se trata. Se protege así, a la gran masa de accionistas que no tienen acceso a los datos respectivos. El Estatuto tiende, por tal motivo, a encontrar una medida para obtener cierta igualdad entre los accionistas. Esto deberá ser alcanzado por medio de que el resultado de las especulaciones se canalizará al patrimonio de la sociedad, con lo que podrán gozar de las cantidades respectivas todos los accionistas.

La igualdad entre los accionistas, meta del artículo comentado, no es idéntica a la mencionada en el art. 112 LSM, dado que la última se refiere a la posición jurídica de los accionistas en el ámbito cor-

porativo de la sociedad, mientras que la antes comentada tiene su objeto en el ámbito extracorporativo, es decir, en operaciones especulativas respecto de la acción.

La asamblea general será convocada por el Consejo de administración o, si éste omite la convocatoria, por el consejo de vigilancia. Cierta minoría de accionistas puede exigir, del consejo de administración y de la autoridad judicial se haga la convocatoria.

En el art. 85, que establece la legitimación de la minoría, se muestra un rasgo nuevo en la determinación legal de la minoría respectiva, dado que este artículo preve una minoría de 5% del capital social o una minoría que sea titular de acciones con un valor nominal total de por lo menos 100000 unidades contables de la Comunidad El Estatuto no se contenta, por tanto, con una determinación del porcentaje, sino que admite, además, una minoría que se cuente en forma absoluta. Esta forma de determinación, aplicada en muchas ocasiones por la Ley alemana sobre Sociedades por Acciones, tiene la ventaja de que se protege en las grandes sociedades del público, en mayor grado a la minoría, debido a que en este tipo de sociedades pueden presentarse situaciones en las cuales una minoría disponga de un número considerable de acciones, sin que su porcentaje sea suficiente.

El derecho de la minoría mencionado se refiere no solamente a la convocatoria sino que incluye, además, la facultad de que se pida una complementación del orden del día con la debida anticipación antes de la fecha de la asamblea respectiva.

Esta institución legal también contenida en los arts. 122 y 106 de las Leyes alemana y austriaca mencionadas, es importante por la posibilidad que ofrece de que se ahorre una convocatoria adicional de la asamblea.

Se prevé que las contrapropuestas hechas por cierta minoría de accionistas a los diversos puntos del orden del día, sean publicados con anticipación ante la asamblea. Estas contrapropuestas no aumentan el orden del día, se oponen solamente al contenido de las propuestas contenidas en la convocatoria hechas por iniciativa del sujeto que haya hecho la convocatoria, como por ejemplo, la convocatoria del consejo de administración propone se elija al señor A como conserje de vigilancia, la minoría de accionistas, por otra parte, propone la elección del señor B, esta contrapropuesta pues, deberá ser publicada con anticipación a la asamblea general.

No nos parece, sin embargo, conveniente que el Estatuto exija cierta minoría para tal intervención, dado que no podrá organizarse

con facilidad una minoría en los breves plazos anteriores a la asamblea. Sería mejor que tal derecho lo tuviera individualmente cualquier accionista, como lo establece el art. 125 de la Ley alemana antes citada.

Por lo que se refiere al poder del representante del accionista en la asamblea general, el art. 88 del Estatuto dispone que tal poder podrá ser otorgado sólo por un período de 6 meses, que el poder podrá ser revocado en cualquier momento y, por último, que es inadmisibles la delegación de la facultad de representación por parte del apoderado.

Con estas normas se toman las medidas protectoras del accionista absolutamente necesarias contra ciertas actuaciones que puedan efectuar los depositarios de acciones.

Por último, el mismo artículo dispone que nadie puede votar en nombre propio con base en acciones que no sean de su propiedad. Por medio de esta prohibición que tiene como única excepción el ejercicio del derecho de voto de sociedades de inversión que administren un stock de acciones no pertenecientes a la sociedad, sino a sus clientes, se tiende a evitar que los bancos que tengan acciones al portador, en depósito de administración, voten en nombre propio. Por otra parte, se prohíbe así, la llamada "transmisión legitimadora", por medio de la cual el accionista autoriza a un sujeto a que vote en propio nombre, sin que se le transmita la propiedad sobre la acción.

El acta de la asamblea general se levantará por notario público que deberá estar presente para tal efecto en la asamblea.

Cualquier accionista tiene el derecho individual de pedir en la asamblea general al consejo de administración, información sobre temas relacionados con la S.E., si tal información es necesaria para que se forme un criterio adecuado respecto de uno de los puntos contenidos en la orden del día de la asamblea respectiva. El consejo de administración podrá negar la información en los casos en que ésta perjudique a la empresa considerablemente (por ejemplo, la revelación de un secreto empresarial) y en el que el consejo cometa un delito por la información (por ejemplo, revelación de un secreto relacionado con la defensa nacional si esta revelación está prohibida por una norma penal). La autoridad judicial resolverá a petición del accionista respectivo, la cuestión acerca de si la negación de la información fue justificada o no.

La cuestión muy discutida en la doctrina, relativa a la facultad del ejercicio del derecho de voto con base en acciones dadas en

usufructo, la decide el art. 92 en el sentido de que el derecho de voto corresponde al usufructuario, a no ser que se trate de resoluciones sobre reformas de estatutos, caso en el cual tal derecho lo tendrá el propietario. Si se trata de acciones empeñadas, el propietario de las mismas tendrá el derecho de voto para cuyo ejercicio el acreedor prendario deberá depositar las acciones en un banco durante los 15 días anteriores a la asamblea y durante ella misma.

En cuanto a los defectos que afecten a las resoluciones tomadas por la asamblea general, el Estatuto distingue entre causales de impugnación (violación de las normas contenidas en el Estatuto o en el contrato social de la S.E.) y causales de nulidad (resoluciones que por su *contenido*, no por defectos de forma, tales como defecto de convocatoria, etc., contravengan el orden público o las buenas costumbres). Las primeras sólo podrán ser hechas valer por medio de demanda de impugnación dentro de tres meses, mientras que las segundas en cualquier forma, también en vía de excepción, durante tres años.

Los arts. 97 y siguientes prevén una auditoría especial que se efectuará por uno o más auditores que nombre la autoridad judicial a petición de cierta minoría de accionistas, o del representante de los obligacionistas, o de la mesa directiva de los trabajadores, en el caso en que exista la sospecha fundada que uno o más de los consejeros de administración o de los de vigilancia hayan cometido grave violación de sus obligaciones o que ellos ya no tengan la capacidad de cumplir con sus tareas, con lo que la S.E. podrá ser dañada en gran medida.

El informe de los auditores se entregará a la autoridad judicial. Esta podrá con base en el informe a petición de las partes interesadas suspender, el desempeño del cargo del órgano respectivo o revocarlo, también podrá nombrar, en forma provisional, nuevo órgano en lugar del suspendido o revocado.

5). *La posición jurídica de los trabajadores (arts. 100 a 147).*

Para la reglamentación de la posición jurídica de los trabajadores de la S.E. deben tomarse en consideración las instituciones siguientes:

Como primera, la mesa directiva de los trabajadores como representante de los mismos para hacer valer los intereses de los trabajadores frente a la S.E. como patrón. Esto corresponde a la situación tradicionalmente conocida, según la cual patrón y los

trabajadores deben observar sus intereses conforme a las tendencias obreras y patronales, respectivamente.

Como segunda, la representación de los trabajadores en el consejo de vigilancia de la S.E. Tal representación es órgano de la S.E., por una parte, sin embargo, por la otra, tiene tal cargo con el objeto de que se observen los intereses de los trabajadores. Por tal motivo no podrán actuar en forma unilateral o incondicional en favor de los intereses obreros, sino que deben, en primer lugar, cumplir con su tarea de órgano de la S.E., es decir, de vigilar los intereses empresariales, solamente, dentro de este marco deben mantener los intereses laborales, por ejemplo, exigir prestaciones mayores de la S.E. en favor de sus trabajadores sólo en la medida en que tales prestaciones sean exigibles tomando en consideración la conveniencia económica basada en la capacidad y en las necesidades de la S.E. Así se resuelva la cuestión, muchas veces planteada, relativa a los conflictos de intereses que afectan a los representantes mencionados. No pueden existir tales conflictos, en nuestra opinión, dado que hay subordinación de intereses. Esta exclusión de conflictos existe solamente desde el punto normativo, pero no en el aspecto psicológico. La tercera de las instituciones mencionadas se refiere a la existencia de contratos colectivos que se apliquen a la relación entre los trabajadores de la S.E. y ésta misma.

Según esta institución, la S.E. debe tener la posibilidad de integrar su relación con los trabajadores independientemente de la existencia de los contratos colectivos respectivos, de manera uniforme para todas las empresas que la formen y que posiblemente se encuentren en diversos países. Con esta institución se toma en cuenta la extensión empresarial de la S.E. a diversos países.

En cuanto a la primera institución, se instituye en los arts. 100 y siguientes la "mesa directiva europea de los trabajadores", que se formará en las S.E. que tuvieren empresas ubicadas en más de uno de los países de la Comunidad.

El fin de esta disposición consiste en que se forme dicha mesa directiva de la manera uniforme prevista en el Estatuto para la S.E. que por tal formación no está sometida a las leyes laborales vigentes en los diversos países, que se opondan a la base normativa unificada para la constitución de la mesa. Por tal razón no se formará la "Mesa Europea" en el caso en que la S.E. tenga solamente una o varias empresas en el mismo país. Tampoco pueden aplicarse las normas sobre la "Mesa Europea" si la S.E. tiene una o varias empresas en países no pertenecientes a la Comunidad. Las

normas del Estatuto sobre la “Mesa Europea” no excluyen la aplicación de normas nacionales sobre la materia laboral, en la medida en que sean compatibles con las disposiciones del Estatuto.

Los miembros de la “Mesa Europea” se determinarán por elección directa de los trabajadores de cada una de las empresas respectivas. La elección indirecta se considera, desde este punto de vista, como no democrática. La elección no se efectúa en forma central, sino cada una de las empresas por separado elige a sus representantes en la “Mesa Europea”. El número de los miembros elegibles por los trabajadores de una empresa depende, según el Estatuto del número de trabajadores que presten sus servicios en tal empresa.

El período de duración del cargo de miembro en la “Mesa Europea” es de tres años.

Para proteger a la actividad de los miembros de la “Mesa Europea”, contra presiones de la S.E., el art. 112 del Estatuto dispone que la relación laboral no pueda ser disuelta por parte de la S.E. durante el período que dure el cargo de los miembros mencionados, a no ser que exista una causa legal prevista en el Derecho nacional respectivo para la rescisión de la relación laboral.

Los miembros de la “Mesa Europea” deben guardar discreción acerca de los asuntos confidenciales de la empresa, de los cuales se hayan enterado en virtud de su cargo. Esta obligación existe también frente a los trabajadores de la misma empresa. No puede presentarse una situación de conflictos de intereses entre la obligación mencionada, por una parte, y los intereses obreros, por la otra, debido a que la obligación tiene prelación.

La competencia de la “Mesa Europea” consiste en mantener los intereses de los trabajadores de la S.E. en cuanto se trate de asuntos que se refieran a toda la S.E. o a algunas de las empresas de la misma situadas en diversos países de la Comunidad, en tanto que la protección de los trabajadores en el ámbito nacional está en manos de los sujetos existentes según el Derecho laboral nacional respectivo.

El derecho de información de la “Mesa Europea” sobre asuntos empresariales es amplio. El consejo de administración de la S.E. tiene la obligación de proporcionar tal información, la mesa deberá además recibir todas las comunicaciones y documentaciones que la S.E. proporcionen a los accionistas.

Ciertos asuntos de tipo laboral requieren para su resolución por el consejo de administración, el previo consentimiento de la mesa.

En el caso de controversia entre la "Mesa Europea" y el consejo de administración de la S.E., decidirá un arbitraje integrado por vocales nombrados por la mesa y el consejo en forma de paridad. El presidente del arbitraje será designado por mutuo acuerdo, por el consejo y la mesa y, en caso de discordia, por la autoridad judicial.

Se llevará al cabo la integración especial de la "Mesa Europea" en los casos en los que la S.E. domine otras empresas con base en una relación de la agrupación de empresas denominada "Konzern" (grupos de empresas bajo la dirección común de determinada empresa). En tal situación, los trabajadores de las empresas subordinadas tienen interés fundado en participar en la administración y en las decisiones de la empresa dominante que determine la situación de las empresas dominadas. Por tal motivo, los artículos 130 y siguientes del Estatuto prevén que se integre una "Mesa directiva de los trabajadores del 'Konzern' ". Esta tiene, frente al consejo de administración de la empresa dominante, la misma posición jurídica que posee en general, la mesa frente al consejo de la S.E. Sin embargo, en correspondencia con la finalidad de la mesa del "Konzern", sus miembros se elegirán por los miembros de las "Mesas Europeas" de todas las empresas reunidas en el "Konzern", o por los órganos representativos de los trabajadores de las empresas subordinadas en los casos en que tales empresas no posean "Mesa Europea", razón por la cual se trata en los últimos casos, de órganos formados por el Derecho nacional respectivo.

El Estatuto no escogió, por lo tanto, la elección en forma directa de los miembros de la mesa del "Konzern" dada la dificultad técnica que originan las grandes distancias locales que pueden presentarse en las situaciones locales de "Konzern" extendidos.

En cuanto a la representación de los trabajadores en el consejo de vigilancia de la S.E. (segunda de las tres instituciones mencionadas), los arts. 137 y siguientes del Estatuto tienen por base el que se designe un consejero de vigilancia representante de los trabajadores en proporción a dos consejeros de vigilancia representantes de los accionistas, a no ser que el contrato social de la S.E. determine una relación más favorable para los trabajadores.

El cargo de los representantes mencionados en el consejo de vigilancia será desempeñado por trabajadores de la misma empresa

y por otras personas, por ejemplo funcionarios del sindicato que no tengan la calidad de trabajadores.

No se formará un consejo de vigilancia en el cual participen representantes de los trabajadores, si, en el caso concreto, por lo menos las dos terceras partes de los trabajadores se oponen a tal integración del consejo.

La elección de los consejeros de vigilancia representantes de los trabajadores no se efectúa en forma directa, sino a través de los miembros de las representaciones de los trabajadores que se formen según el Derecho nacional respectivo.

El período de duración de la función de los representantes mencionados corresponde al de los consejeros de vigilancia que representen a los accionistas.

Los miembros del consejo de vigilancia que representen a los trabajadores tienen derechos y obligaciones iguales a los de los consejeros representantes de los accionistas. De ello resulta que tienen el derecho de remuneración igual a la de los otros consejeros, y que no pueden presentarse conflictos de intereses en los casos de tensión entre la empresa y sus trabajadores, como en el caso de huelga, dado que deben mantenerse en primer lugar los intereses empresariales, como ya expresamos.

Por último, con base en la tercera institución mencionada, la S.E. podrá celebrar contratos colectivos con sus trabajadores, representados por los sindicatos respectivos. Estos contratos tienen preferencia frente a las relaciones laborales individuales y frente a contratos colectivos celebrados con base en las normas nacionales. Así se garantiza la uniformidad de las relaciones laborales existentes dentro de la misma S.E., no obstante que sus empresas se encuentren en distintos países pertenecientes a la Comunidad.

#### 6). *El cierre del ejercicio social (arts. 148 a 222).*

El cierre se integra por el balance y el estado de pérdidas y ganancias.

El art. 148 contiene el principio de la continuidad material aplicada al cierre, consistente en que los métodos de evaluación de los activos y pasivos (amortizaciones) deben aplicarse en forma continua a los diversos ejercicios, es decir, en que no se cambien injustificadamente tales métodos. La expresión de este principio debe ser considerada como un instrumento moderno apto para garantizar la veracidad y la claridad del cierre.

Además deben indicarse en cada una de las partidas contenidas en el cierre, las cifras correspondientes al ejercicio anterior, para efectos comparativos.

El Estatuto reglamenta en forma detallada la estructuración obligatoria del balance y del estado de pérdidas y ganancias, y prevé diversas variantes de los mismos entre los cuales podrá optar la S.E. Es de interés que el Estatuto prevea a parte de la "forma de cuenta" según la cual se confrontan activos y pasivos (en el balance), e ingresos y egresos (en el estado de pérdidas y ganancias), el tipo más moderno, "escalonado en forma de grupos" no solamente para el estado de pérdidas y ganancias sino también para el balance. (En Alemania se establece este tipo para el estado de pérdidas y ganancias en forma optativa desde el año de 1959 y en forma obligatoria desde el año de 1965, solamente para el estado de pérdidas y ganancias, pero no para el balance). Sin embargo, el Proyecto todavía no contiene la reglamentación detalladamente elaborada de este nuevo tipo de balance, dado que los estudios respectivos aún no se terminaron.

Por lo que se refiere a las disposiciones relativas a la evaluación de los activos en el cierre, nos parece interesante la aplicación del principio "del valor de la readquisición de los activos" permitida en forma optativa en el art. 181 del Estatuto que comentaremos como sigue:

Puede aumentar el valor de bienes de la sociedad, especialmente de los bienes pertenecientes al activo fijo, fenómeno éste que tiene importancia y actualidad generales en nuestros días de baja de valor adquisitivo de la moneda en todo el mundo.

Se plantea la cuestión de si se admite la expresión de tal aumento en el balance, que puede conducir a la creación de utilidades repartibles entre los accionistas. Tal admisión no es fácilmente compatible con el principio de la precaución dado que el bien respectivo aún no ha sido enajenado, motivo por el cual el aumento de valor es hipotético si tal aumento se considera en el cierre con anterioridad a la realización del bien, por ejemplo, por medio de una venta que efectivamente cause un precio superior al monto del valor respectivo indicado en el último cierre. Para evitar tales inseguridades y con el objeto de cumplir con el principio de precaución, las normas legales prohíben los aumentos con anterioridad a la enajenación o a otro hecho que muestra el valor aumentado (venta o pago de indemnización por parte de una aseguradora), como lo mues-

tran los arts. 153, 154 y 133 de las Leyes alemana y austriaca antes citadas y la fracción X del art. 96 de la Ley Bancaria.

Este principio que se denomina “principio de la realización”, es seguro y estricto para los efectos de precaución, pero puede ser considerado como demasiado rígido. Precisamente por tal desventaja se buscan soluciones más flexibles. La fracción X citada contiene un modo de atenuación de tal rigidez, previniendo que esta flexibilidad no sea incompatible con la precaución necesaria.

El Estatuto prevé como otro instrumento para obtener cierta flexibilidad, el principio “del valor de la readquisición de los activos”, según el cual para la evaluación del bien en el cierre se puede aplicar, la cifra que corresponda a la inversión hipotética necesaria para adquirir el bien respectivo en el momento relevante para el contenido del cierre, con lo que se incluyen los aumentos aludidos en el nuevo valor del bien. Sin embargo, por otra parte, para evitar resultados precipitados, el Estatuto dispone que el monto de la diferencia entre el valor anterior (valor de adquisición efectiva o el valor más bajo) y el valor nuevo de readquisición hipotética debe ser compensado por medio de una reserva por igual cantidad, que se ponga en el lado del pasivo, con lo que se evita la aparición momentánea de un resultado (utilidades) a causa del aumento del valor. Esta reserva solamente podrá ser utilizada para su repartición entre los accionistas, si el monto de la diferencia, es decir, la reserva, ya no es necesaria para la readquisición del bien, como por ejemplo, en los casos de la baja de precio que generalmente deberá ser pagado para adquirir los bienes correspondientes, o del cierre de la empresa o de su parte respectiva, de modo que en el último caso ya no sea necesaria la readquisición. En estas situaciones la sociedad podrá disponer de la reserva sin que se afecte la capacidad empresarial, motivo por el cual se aplicará el monto de la reserva para la integración del resultado del ejercicio respectivo, que puede conducir a un aumento de utilidades repartibles entre los accionistas, o a una reducción del déficit, según la situación general de la sociedad.

Creemos que esta solución del Estatuto tiene a su favor, la combinación equilibrada entre el principio de la precaución y cierta flexibilidad.

Los arts. 196 a 202 del Estatuto prevén la formación del cierre del “Konzern” por la S.E., si ésta domina otras empresas con base en tal “Konzern”. En este cierre se incluyen todas las empresas reunidas en el “Konzern” con el objeto de que se manifieste así, la situación económica del “Konzern”, que en la práctica económica se con-

sidera como una unidad, de modo que no es económicamente interesante la situación individual de cada una de las empresas así agrupadas, sino el resultado total del grupo.

Para que se obtenga este resultado deben efectuarse diversas medidas de consolidación, que excluyen operaciones internas entre las mismas empresas agrupadas, y la consolidación de capital consistente en que, en lugar del valor de las diversas participaciones internas, entren los valores empresariales objeto económico de tales participaciones, así el cierre del "Konzern" ofrece la imagen de que éste fuera una sola sociedad (empresa). Precisamente la obtención de tal imagen tiene interés económico. Podemos pensar en los estados numéricos mencionados en la parte final del art. 99 bis. de la Ley Bancaria con fines comparativos respecto del cierre comentado.

El cierre de la S.E. y el cierre del "Konzern", en su caso, deberán ser revisados por auditores nombrados por la asamblea general de la S.E.

Por lo que se refiere a la resolución sobre el cierre del ejercicio social de la S.E., el Estatuto prevé que los consejos de administración y de vigilancia hagan tal resolución, de suerte que la asamblea general solamente decidirá sobre el modo de aplicación de las utilidades señaladas en el balance. Si los consejos no pueden ponerse de acuerdo sobre la formación del cierre, la asamblea general resolverá, además, sobre la formación del cierre. Así se manifiesta la división de poderes en la S.E., en tanto que, según la LSM, el consejo de administración sólo forma el proyecto del cierre cuya resolución compete a la asamblea general (art. 181).

#### 7). *Normas relativas al "Konzern" (arts. 223 a 240).*

De las diversas formas de agrupación de empresas, el Estatuto sólo reglamenta el "Konzern" de subordinación consistente en que una empresa dominante ejerza la dirección sobre una o más empresas dominadas por ella. El art. 223 del Estatuto, que establece esta definición del "Konzern", contiene, además una norma importante para la existencia jurídica del "Konzern" que puede tener como base el que la empresa dominante sea socio único de la dominada.

Según esta norma, las sociedades unipersonales formadas según el Derecho nacional de un Estado perteneciente a la Comunidad propietarias de tales empresas dominadas, no se disolverán, no obstante que el Derecho nacional respectivo prevea, en forma análoga al art. 229 LSM, la disolución de la sociedad unipersonal en virtud de la falta de más socios. El Estatuto deroga así, normas nacionales con

el objeto de la existencia jurídica del "Konzern". Ya mencionamos en una ocasión anterior que la S.E. puede existir en forma unipersonal.

Para la aplicación de las normas reglamentarias del "Konzern" contenidas en el Estatuto, el supuesto necesario consiste en que una de las empresas reunidas en el "Konzern", tenga la forma de S.E.

Si la S.E. tiene la función de una empresa dominante, se aplicarán las normas del Estatuto relativas al funcionamiento del "Konzern" en el caso en que las empresas dominadas tengan su domicilio en un país perteneciente a la Comunidad. Por otra parte, si la S.E. tiene el carácter de empresa dominada, se aplicarán las normas mencionadas, en todos los casos, independientemente del hecho de que la empresa dominante tenga su domicilio en un país de la Comunidad o en algún otro.

La reglamentación del "Konzern" en el Estatuto se refiere a "Konzern" contractuales y a "Konzerne" extracontractuales (de hecho), sin embargo, no es aplicable, a los "Konzerne" de los del tipo de coordinación.

La existencia jurídica de "Konzern" tiene gran relevancia, dado que de ella depende la aplicación de las normas contenidas en el Estatuto relativas al funcionamiento del "Konzern", pero, por otra parte, no siempre es fácil la constatación acerca de tal existencia en un caso concreto. Por este motivo, el art. 225 dispone que la Corte de la Comunidad tiene la competencia para resolver a petición de los sujetos mencionados en el mismo artículo, en casos concretos sobre tal existencia.

El primer concepto relativo al funcionamiento del "Konzern" es el de la manifestación pública del mismo. Para cumplir con este requisito básico, los arts. 226 y 227 del Estatuto disponen que la S.E. publique en los órganos de publicación mencionados en el art. 9 del Estatuto, el hecho de que la S.E. pertenece a un "Konzern" y el de la terminación del "Konzern" en su caso. Estos dos datos también deben ser inscritos, sin demora a petición de la S.E. en el Registro Europeo de Comercio.

Si la S.E. tiene el carácter de una empresa dominante en el "Konzern", deberá formar el cierre del "Konzern". Este cierre se integrará en forma independiente al cierre individual de la S.E.

Los accionistas de la empresa dominada en el "Konzern", no interesados en éste y que por ello se opusieron en forma minoritaria a la creación del mismo, merecen diversas medidas protectoras, para que sus intereses individuales no sean sacrificados en favor de los intereses empresariales que sí exigen la creación mencionada.

El Estatuto aplica la denominación “accionistas libres” con respecto de estos accionistas, probablemente porque no pertenecen al o a los grupos de los accionistas interesados en la formación de “Konzern” y, por ende, en la subordinación de su sociedad a la dominante en el “Konzern”.

El Estatuto prevé las siguientes medidas para la protección de los “accionistas libres”:

Debe tratarse de empresas dominadas que tuvieran la forma de S.E., de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada, domiciliadas en el territorio de la Comunidad y constituidas según las normas nacionales. Aplicaremos la expresión “accionistas libres” en las siguientes líneas, con iguales efectos, a los socios de las sociedades de responsabilidad limitada de que se trata.

Los “accionistas libres” podrán enajenar su acción a la empresa dominante por un precio adecuado, pagadero en efectivo, o canjear sus acciones en las de la empresa dominante o en las de la empresa que domine a ésta, en su caso, o recibir un pago anualmente de la compensación que cubra el perjuicio que sufran tales accionistas a causa del funcionamiento del “Konzern”, como por ejemplo, en la reducción del dividendo causada por la política perseguida por la empresa dominante.

Los primeros dos tipos de prestaciones suponen que los “accionistas libres” se separen de la sociedad, en tanto que el tercero es una medida prevista para los accionistas que prefieren subsistir dentro de la empresa dominada, aunque se hayan opuesto a la formación del “Konzern”.

Los “accionistas libres” podrán optar entre las tres medidas señaladas en cuanto la empresa dominante esté obligada, según nuestra exposición que sigue, a ofrecer a los “accionistas libres” prestaciones correspondientes a tales medidas.

La obligación de pagar el precio adecuado por la venta de las acciones (primera medida) la tiene la empresa dominante, sea que tuviere la forma de S.E. o que esté constituida con base en un Derecho nacional y domiciliada dentro o afuera del territorio de la Comunidad.

El canje de acciones (segunda medida) deberá ser ofrecido en forma adicional a la compra mencionada, en los casos que la empresa dominante tenga la forma de S.E. o la de una sociedad anónima formada según el Derecho nacional y domiciliada en el territorio de la Comunidad.

Si la empresa dominante mencionada es dominada por una ter-

cera empresa que tuviere la forma de S.E. o la de sociedad anónima formada conforme al Derecho nacional y domiciliada en el territorio de la Comunidad, tiene la empresa dominante la facultad de ofrecer para el canje, en lugar de sus propias acciones, las de su empresa dominante. Esta facultad alternativa tiene dos razones de ser, de las cuales, la primera sirve a los intereses del "accionista libre" para que éste no se cambie de una empresa dominada a otra con igual calidad; la segunda toma en consideración la calidad de las acciones, que podrán ser adquiridas por el "accionista libre", es decir, que éste adquiera solamente acciones (no partes sociales de otro tipo) de sociedades organizadas en forma suficientemente favorable y segura para los intereses del "accionista libre".

Por último, la obligación de pagar la compensación mencionada (tercera medida de las tres señaladas), no es imperativa, dado que la empresa dominante podrá (no deberá) ofrecer este pago. Si la empresa dominante hace uso de esta posibilidad, el ofrecimiento respectivo se hará en forma adicional a las dos otras ofertas.

Para que se realicen las medidas expuestas, se prevé el siguiente procedimiento:

La empresa dominada nombrará peritos para que dictaminen sobre el monto del precio adecuado de las acciones que serán vendidas por los "accionistas libres", así como sobre la relación del canje adecuada para los casos en los que los accionistas mencionados prefieran este canje en lugar de la venta de sus acciones.

El dictamen será enviado por la empresa dominada a la dominante. Esta comunicará a la empresa dominada su oferta relativa a las tres medidas antes comentadas, la asamblea general de la empresa dominada resolverá sobre la aceptación de la oferta. La asamblea se integra solamente por accionistas distintos de la empresa dominante y de otras empresas dominadas por la misma. Los accionistas sin derecho a voto gozarán en este caso excepcional, del derecho de voto.

Si la asamblea general no acepta la oferta, la autoridad judicial determinará en forma obligatoria para todas las partes, los datos relevantes para el contenido de la venta y canje de acciones.

Respecto de una oferta sobre el pago de compensación no habrá intervención de peritos ni de autoridad judicial, tampoco resolverá la asamblea general sobre este punto que, por ende, queda dentro de la esfera libre de la empresa dominante y de los "accionistas libres".

Los datos sobre venta o canje de acciones y sobre pago de compensación deberán ser publicados por los órganos de la empresa do-

minada en los órganos de publicación previstos en el art. 6 del Estatuto. Los “accionistas libres” deberán decidirse dentro de cierto plazo a partir de la comunicación, si quieren separarse de la sociedad exigiendo el precio o el canje de que hablamos. Si no hacen uso de estas facultades, podrán exigir el pago de la compensación en el caso en que ésta haya sido ofrecida voluntariamente por la empresa dominante.

La protección prevista en el Estatuto en favor de los “accionistas libres” no nos parece suficiente por lo siguiente:

Si el “Konzern” se constituye en forma contractual, ni el art. 83 del Estatuto ni otra norma del mismo prevén el requisito del consentimiento a la celebración del mismo, de la asamblea general de la empresa que será dominada con base en tal contrato.

Las medidas protectoras comentadas, sólo se refieren al caso del “Konzern”, pero no a otras formas de agrupación que pueden causar perjuicio a los accionistas de la empresa subordinada, como por ejemplo, la transmisión de utilidades. El Estatuto parte, posiblemente, del supuesto empírico consistente en que dominación empresarial y la transmisión de utilidades en la práctica coinciden con frecuencia entre las mismas empresas, pero ello no es suficiente para la concepción exhaustiva que debe efectuarse en un ordenamiento.

No es suficiente que la compensación se efectúe según el Estatuto sólo en forma voluntaria, debido a que los “accionistas libres” deben tener el *Derecho* de permanecer en la empresa dominada gozando el pago de la compensación.

La protección de los acreedores de la empresa dominada en el “Konzern”, se efectuará, según el art. 239 del Estatuto, a través de la responsabilidad solidaria de la empresa dominante, ya sea que tuviere su domicilio dentro o afuera del territorio de la Comunidad, con la empresa dominada frente a los acreedores de ésta, si ésta tiene su domicilio en el territorio de la Comunidad.

Esta protección coincide con la comentada respecto de los “accionistas libres”, dado que en relación con ambas se exige, como supuesto, que la empresa dominada tenga su domicilio dentro del territorio de la Comunidad. La responsabilidad de la empresa dominante es subsidiaria.

Por último, el elemento básico del “Konzern”, es decir, la facultad de la empresa dominante de dar instrucciones a la empresa dominada, se determina en el art. 240 del Estatuto. Según éste, no muy claro en su texto, la facultad mencionada existe también en los casos en los que la instrucción contravenga los intereses de la empresa dominada.

Por lo demás este artículo no contiene normas sobre los límites de esta facultad. Así, respecto a la cuestión de si la facultad comentada en casos de instrucciones perjudiciales para la empresa dominada, sólo existe cuando tal instrucción sea útil para otra empresa reunida en el mismo "Konzern". Además, sería recomendable que este artículo prevea la exención de la obligación de someterse a instrucciones cuyo cumplimiento conduzca a efectos ilegales.

Las normas del Estatuto nos parecen insuficientes en cuanto a la protección de las empresas agrupadas en forma de subordinación, sea en un "Konzern" o de otra manera (transmisión de utilidades) dado que no contienen disposiciones protectoras a los intereses de las empresas subordinadas como lo serían: la formación de la reserva de la empresa subordinada en forma especial, la reposición de pérdidas de la misma, y la limitación de cantidades transmisibles como utilidades. El Estatuto piensa solamente en la protección de los intereses individuales de los "accionistas libres" y en la de los acreedores, pero no en la de los intereses empresariales de la subordinada.

#### 8). *Modificación de los estatutos (arts. 241 a 246).*

Las modificaciones de los estatutos requieren de una resolución de la asamblea general. En la convocatoria de la misma se comunicará el contenido esencial del proyecto de la reforma. La reforma será inscrita en el Registro que lleva la Corte de la Comunidad sobre las S.E.

La Corte negará la inscripción en el caso en que la reforma estatutaria no sea conforme con el contrato social de la S.E. o con las normas del Estatuto.

#### 9). *Disolución, liquidación y quiebra (arts. 247 a 263).*

A diferencia de la LSM los consejeros de administración de la S.E. se convierten automáticamente en liquidadores, a no ser que la asamblea general de la S.E. nombre a otras personas como liquidadores. La autoridad judicial podrá revocar a los liquidadores y nombrar nuevos, a petición de determinada minoría de accionistas, si hay un motivo importante al respecto.

La asamblea general puede, en cualquier momento, revocar a los liquidadores y nombrar nuevos sin necesidad de existencia de motivo alguno. El nombramiento de los liquidadores y su revocación se publicará en los órganos de publicación previstos en el art. 6, se inscribirán además, en el Registro que lleva la Corte de la Comunidad.

Los liquidadores podrán hacer nuevas operaciones en la medida

en que sean necesarias para la liquidación, como por ejemplo, arrendamiento de un almacén para la mercancía que ya no pueda ser guardada en el local de la empresa a causa de la desocupación del mismo. Esta facultad legal de los liquidadores nos parece más conveniente que la prevista en los arts. 233 y 242, fracción primera LSM, que restringe el radio de acción de los liquidadores en forma no adecuada a las necesidades reales.

Los liquidaderos deberán pedir a los acreedores de la S.E., mediante publicaciones en los órganos previstos para publicaciones de la S.E., que exijan de la S.E. el pago de sus créditos. La LSM no contiene una norma semejante. Los créditos cuyo pago no haya sido exigido dentro de cierto plazo a partir de tales comunicaciones, se extinguirán. Este efecto que no tiene paralelo en la LSM, tiene importancia en los casos en los que se encuentre patrimonio de la S.E. con posterioridad a la terminación de la liquidación.

Durante la liquidación se formará el cierre anual que será publicado y depositado en el Registro de Comercio en forma igual a como lo era en el período anterior a la liquidación.

La asamblea general resolverá anualmente sobre la aprobación de la gestión de los liquidadores.

La repartición del patrimonio remanente entre los accionistas deberá hacerse con base en la relación que resulta de los valores nominales de sus acciones, máxime que todas las acciones deberán ser totalmente pagadas.

La repartición total o parcial se efectuará previa presentación de un proyecto respectivo ante la asamblea general y con observación de la previa expiración de los plazos previstos para el pago de los acreedores de la S.E.

Si se encuentra patrimonio de la S.E. con posterioridad a la conclusión de la liquidación, la autoridad judicial nombrará, a petición de un accionista o de cualquier acreedor de la S.E., liquidadores para que éstos realicen las medidas de liquidación necesarias.

Los documentos y libros de la S.E. se depositarán después de la conclusión de la liquidación, en el Registro de Comercio que lleva la Corte de la Comunidad que los guardará durante 10 años.

Por lo que se refiere a la quiebra de la S.E., el art. 261 del Estatuto dispone que se apliquen a la S.E. todas las normas contenidas en los tratados celebrados entre los Estados pertenecientes a la Comunidad. Estos tratados tienen el fin de evitar conflictos en la competencia judicial y de uniformar hasta cierto grado el Derecho sobre la quiebra. El art. 261 tiene especial importancia para la S.E.

cuya quiebra tuviere un punto de contacto extranjero, situación adecuada para la S.E.

La declaración de la quiebra deberá ser inscrita en el Registro de Comercio que lleva la Corte de la Comunidad, a esta inscripción le sigue la publicación de la declaración de la quiebra en los órganos de publicación previstos en el art. 6 del Estatuto.

#### 10). *Transformación (arts. 264 a 268).*

El Estatuto solamente prevé como modo de transformación, la conversión de la S.E. en una sociedad anónima que se constituye según el Derecho nacional de uno de los Estados pertenecientes a la Comunidad. La transición entre el Derecho internacional, que sirvió de fundamento para la S.E. y el Derecho nacional, que será la nueva base de la sociedad anónima, se limita al Derecho nacional de un Estado miembro de la Comunidad y al requisito de que se elija la forma de sociedad anónima de conformidad con el principio dominante con relación a la creación de la S.E. respecto de la cual también se prevé sólo este modo de transición del Derecho nacional al internacional.

La transformación dentro del ámbito internacional no es posible, dado que la Societas Europea solamente podrá tener la forma de sociedad anónima.

Para la conversión de sujeto internacional en sujeto nacional el procedimiento se divide en dos fases, de las cuales, la primera, se efectúa en el ámbito internacional según las normas del Estatuto y con la intervención de la Corte de la Comunidad, mientras que la segunda, se lleva al cabo según el Derecho nacional respectivo, ante los órganos del país correspondiente.

La primera fase consiste en la terminación de la S.E. y la segunda en la constitución de la nueva sociedad anónima. No existe, según nuestra opinión, identidad jurídica entre las dos sociedades, a no ser que en el orden jurídico nacional respectivo se establezca tal continuidad. El Estatuto no prevé nada sobre una sucesión general de la nueva sociedad en los derechos y obligaciones de la S.E., máxime que esta reglamentación, muy necesaria en interés de terceros (acreedores), está en manos de los legisladores nacionales, como formación de la posición jurídica de la nueva sociedad.

Se requiere resolución de la asamblea general de la S.E. sobre la transformación. Esta se permite solamente después de tres años transcurridos desde la constitución de la S.E. a fin de que no haya abuso en la utilización de la transformación.

La transformación sólo podrá efectuarse en una sociedad anónima del Estado en el cual la S.E. que será transformada, tuviere el lugar de la dirección efectiva de sus negocios, no el domicilio formal con lo que se exige cierto contacto entre la vieja y la nueva vida corporativa y la justificación de la transformación.

La resolución sobre la transformación se presentará ante la Corte de la Comunidad que certificará, en su caso, que la resolución corresponde a las normas del Estatuto.

Sin embargo, por la fase procedimental hasta ahora comentada no se extingue la personalidad jurídica de la S.E. La misma subsiste hasta el día en el cual la nueva sociedad anónima obtenga personalidad jurídica con base en el Derecho nacional respectivo.

Una vez concluida esta fase de transformación, se efectuarán los actos necesarios para la constitución de la nueva sociedad, para la que puede servir la certificación mencionada de la Corte de la Comunidad. Cuando la nueva sociedad adquiere personalidad jurídica, así por ejemplo, por su inscripción en el Registro de comercio nacional, se enviará la documentación correspondiente a esta constitución a la Corte que publicará en el Boletín de la Comunidad la transformación, inclusive la constitución de la nueva sociedad. Además, se inscribirá la transformación en el Registro de Comercio europeo.

Si una persona que no haya sabido de la constitución de la nueva sociedad, hizo operaciones con la S.E. con anterioridad al momento de la publicación de la transformación en el Boletín de la Comunidad, el efecto de la transformación no será oponible a tal persona, de modo que la nueva sociedad responderá de tales operaciones.

Como resumen podemos concluir que el Estatuto, por una parte, tiene la intención de que se efectúe verdaderamente una transformación, máxime que no prevé la disolución ni liquidación de la S.E., pero, por la otra, tal intento solamente conducirá a la solución perfecta si los Derechos nacionales contienen normas sobre la identidad entre las dos sociedades o sobre la sucesión general de la nueva en los activos y pasivos de la S.E., y si prevén facilidades específicas para la formación de la nueva sociedad, dado que de lo contrario, se trataría de la terminación de una sociedad (S.E.) sin liquidación previa de la misma, y de la creación normal de otra nueva sociedad.

11). *Fusión (arts. 269 a 274).*

Es posible la fusión de la S.E. con otra S.E., o con una sociedad anónima que haya sido constituida con base en el Derecho de uno de los Estados pertenecientes a la Comunidad.

La fusión con otra S.E. puede efectuarse por medio de absorción o a través de la constitución de una nueva S.E.

En ambos casos se requieren resoluciones de las asambleas generales de las dos S. E. Además se exige una auditoría sobre la formación del patrimonio que se integre por fusión y sobre su relación con las acciones que se emitan para el efecto de fusión. Se inscribirá la fusión en el Registro de Comercio que lleva la Corte de la Comunidad. Además, se publicará la fusión en los órganos previstos para publicaciones según el art. 6. La fusión surte efectos con la publicación de la misma en el Boletín de la Comunidad, si se trata de fusión por absorción, y con la publicación de la constitución de la nueva S.E. en el mismo boletín en el caso de fusión por medio de constitución de nueva S.E.

Por lo que se refiere a la fusión con una sociedad anónima constituida según el Derecho nacional de uno de los Estados pertenecientes a la Comunidad, se admiten las formas de absorción con subsistencia de la S.E. y de constitución de una nueva sociedad que debe tener la forma de S.E. Por lo demás se aplicará en forma análoga lo que expusimos con respecto a las fusiones entre S.E.

12).—*Disposiciones fiscales y penales relativas a la "Sociedad Anónima Europea"*.

La posición jurídica de la S.E. no podrá ser reglamentada en forma autónoma, es decir independientemente del régimen fiscal de las sociedades mercantiles de otros tipos, con el fin de evitar discriminaciones entre S.E. y las otras sociedades. Por tal motivo, el Estatuto deja la reglamentación fiscal de la S.E., en gran parte, al régimen fiscal de las sociedades mercantiles en la Comunidad, que operen en más de un país de la misma.

En el Estatuto solamente se prevén los puntos fiscales siguientes:

*Constitución de S.E.—Holding*: La constitución no causará impuestos máxime que ésta no conduce a un aumento o modificación del patrimonio de los accionistas. Por tal constitución ellos adquieren acciones de la Holding en lugar de las emitidas por las sociedades fundadoras. No se efectúan operaciones que conduzcan a un cambio patrimonial, se interpone solamente la Holding entre las sociedades fundadoras y sus accionistas.

*Domicilio fiscal*: Se considera como domicilio fiscal el lugar situado en el territorio de la Comunidad en el cual la S.E. dirige efec-

tivamente sus negocios, por ende no el domicilio formal designado en el contrato social.

Si se suscitan controversias entre las autoridades de los Estados miembros de la Comunidad sobre la existencia o sobre la ubicación del domicilio fiscal, tales autoridades podrán avenirse en forma directa sin uso de la vía diplomática. En el caso de desaveniencia resolverá en forma definitiva la Corte de la Comunidad.

Si la S.E., que haya tenido su domicilio fiscal, por lo menos durante 5 años en un Estado miembro de la Comunidad, traslada su domicilio a otro Estado de la misma, el Estado del domicilio fiscal anterior tendrá las obligaciones siguientes:

No podrá imponer obligaciones fiscales a causa de la plusvalía de los bienes de la S.E., que resulte como diferencia entre el valor efectivo de tales bienes y su valor indicado en el balance fiscal de la S.E., si tales bienes pertenecen a un establecimiento de la S.E. sometido a la autoridad fiscal de este Estado. Las reservas de la S.E. formadas por la misma en el Estado anterior con exención fiscal, conservarán la misma. Las pérdidas de la S.E. podrán ser aplicadas para efectos de deducción de las utilidades. Por último, la S.E. tiene el derecho de relacionar fiscalmente sus operaciones efectuadas en un territorio distinto del Estado anterior, con las que se efectúen en el territorio del nuevo Estado, caso en el cual el Estado anterior se abstendrá de imponer obligaciones fiscales a causa de las operaciones en el nuevo Estado

*Establecimientos y sociedades filiales:* Si una S.E. que tuviere su domicilio fiscal en un Estado miembro de la Comunidad, posee un establecimiento en otro Estado de la misma, está sometida, en forma exclusiva, a la autoridad fiscal del Estado en cuyo territorio se encuentre el establecimiento en cuanto a las utilidades obtenidas por él mismo.

Se podrán deducir las pérdidas sufridas por los establecimientos de la S.E. sometidos a la autoridad fiscal de un Estado distinto de aquel en cuyo territorio se encuentre el domicilio fiscal de la S.E.

Sin embargo, utilidades de tales establecimientos posteriores deberán ser calificadas como utilidades de la S.E., que se sometan a la autoridad fiscal del Estado de su domicilio fiscal en la medida en que estas utilidades no excedan de las pérdidas deducidas según lo anterior.

El establecimiento de la S.E. ubicado en un Estado distinto del

de su domicilio fiscal, no podrá ser discriminado fiscalmente en comparación con otras sociedades domiciliadas en el Estado de la ubicación del establecimiento.

El concepto de establecimiento tiene una definición muy detallada en forma positiva y negativa, de lo cual resulta que como establecimiento se considerará una instalación negocial fija en la cual se ejerce total o parcialmente la actividad de la S.E.

Por lo que se refiere a las sociedades filiales de la S.E., el régimen fiscal previsto en el Estatuto no requiere para su aplicación que la sociedad filial se encuentre ubicada en el territorio de la Comunidad mientras que, por otra parte, sí se requiere que los establecimientos de la S.E. tengan tal ubicación para que sea aplicable lo antes expuesto.

Si la S.E. participa con por lo menos 50% en otra sociedad (filial), las pérdidas sufridas por la filial podrán ser deducidas de las utilidades de la S.E. en forma proporcional al porcentaje de la participación de la matriz en la filial. La deducción tiene un carácter definitivo si las pérdidas de la filial no podrán ser deducidas en otros ejercicios fiscales futuros. Pero en el caso en el que no tenga carácter definitivo, las utilidades futuras de la filial estarán sometidas a la autoridad fiscal del Estado en cuyo territorio se encuentre el domicilio fiscal de la S.E., hasta el monto de las deducciones efectuadas y conforme a la proporción resultante del porcentaje de participación de la S.E.

En correspondencia con los ordenamientos modernos sobre sociedades por acciones, el Estatuto preve disposiciones penales con relación a ciertas conductas que se realicen por los órganos de la S.E. en perjuicio de la misma y de sus accionistas. Estas disposiciones no se establecen en el Estatuto en forma del self-executing, sino se obliga a los Estados miembros, que introduzcan en sus órdenes jurídicas nacionales tales normas penales, mencionando en el anexo del Estatuto sólo los supuestos punitivos, pero no las sanciones correspondientes. Por último, el Estatuto prohíbe la aplicación de normas penales nacionales con relación a conductas que se efectúen respecto de la S.E. para garantizar así la vigencia exclusiva y uniforme de las normas previstas en el Estatuto y en su anexo.