PROYECTO DE CONVENIO SOBRE FUSION INTERNACIONAL DE SOCIEDADES ANONIMAS EN LA C. E. E.

Por José Luis IGLESIAS BUHIGUES

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Introducción.

Las consideraciones que fundamentan la celebración del Convenio sobre el reconocimiento mutuo de las sociedades y personas jurídicas, que hemos visto en otro lugar y que constituye una etapa previa pero necesaria al tema de la fusión de las sociedades, son igualmente válidas para justificar este último⁽¹⁾. Pero a ellas hay que añadir otras propias y específicas surgidas en el seno de la CEE y ante los problemas que podían detener u obstaculizar su desarrollo, en el que las empresas juegan un papel de primer plano. Tales razones se exponen sucinta y claramente por la Comisión comunitaria, ya desde 1.965: El Mercado común exige empresas de talla europea, con el fin de que las ventajas de la producción en masa y de la investigación científica y técnica beneficien, sin restricciones, a muchos millones de consumidores. Así, para la Comisión, un gran número de empresas de los países miembros deberán

«adaptarse, por su crecimiento interno o por la fusión con otras empresas, a este mercado más vasto. El refuerzo de su capacidad competitiva les será igualmente beneficiosa en la competición internacional con las grandes empresas de los países terceros»⁽²⁾.

Queda claro que un mercado que busca un desarrollo acelerado y que engloba a varios Estados, requiere ineludiblemente entidades comerciales capaces, por su envergadura, de responder a las demandas de un elevadísimo número de consumidores, agrandado sin cesar por nuevas incorporaciones, y a la competencia que representan otras sociedades de países terceros pero sumamente poderosos. La vía que se ha juzgado idónea para responder a tal reto ha sido la de facilitar la concentración de las empresas por su fusión, esto es, la sustitución de dos o varias de ellas por una resultante, que unifica lo jurídico y lo económico de las anteriores, con una unidad de dirección y de gestión, lo que no puede redundar más que en una mejor racionalización de la producción en las diversas unidades industriales que la componen⁽³⁾.

El camino recorrido hasta la total elaboración del Convenio no ha sido nada fácil. Si por una parte se apreciaba cada vez más la necesidad de contar con empresas de gran talla, y, por lo tanto, la urgencia de proceder a facilitar la fusión internacional de las empresas comunitarias, la normativa vigente en cada uno de los países miembros, cuando existía, se planteaba y resolvía el problema de forma muy personal, acusándose así las diferencias entre ellos; tampoco la existencia de un tratado internacional en la materia podía paliar las consecuencias de la divergencia de legislaciones, a no ser en muy escasa medida: el de La Haya de 1 de Junio de 1.956 (no entrado en vigor) sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras, cuyo art. 4, apartado 2 contempla la fusión de las empresas de los Estados partes, ordenando en éstos su reconocimiento si previamente ha sido admitida en los Estados interesados⁽⁴⁾.

Esta situación explicaba sobradamente la utilización del art. 220 del Tratado de Roma para proceder a la adopción de las medidas necesarias que cumplieran lo prevenido en su apartado 4.º *in fine*:

«...la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones diferentes».

El texto del proyecto de Convenio fue elaborado por prácticamente los mismos expertos gubernamentales que confeccionaron el Convenio sobre el reconocimiento mutuo de las sociedades y personas jurídicas, que se vio asistido, como en aquél, por representantes de la Comisión comunitaria y por las observaciones del Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Los primeros contactos se iniciaron en Marzo de 1.965, cuando aún se debatía el Convenio sobre el reconocimiento, y el texto definitivo no se presentó por quien había sido el ponente, el Profesor Berthold Goldman, a los órganos comunitarios (Consejo y Comisión) y a los representantes de los Estados miembros, hasta la segunda mitad de 1.972, que mostraron su aprobación por los resultados conseguidos.

Al mismo tiempo, los expertos han estado en contacto permanente con los técnicos de la Comisión que elaboraba una directiva sobre las fusiones internas y otra sobre coordinación de las legislaciones fiscales de los Estados miembros en esta materia, problema éste de gran envergadura e incidencia en la fusión, que ha sido también abordado por el proyecto de Convenio⁽⁶⁾ aunque de pasada, a través de la «Declaración común», n.º 3, que se limita a expresar el compromiso de los Estados en la adopción rápida, en el marco de la Comunidad, de las medidas adecuadas.

I. *El marco del Convenio.*

El proyecto de Convenio consta de un Preámbulo y 69 artículos, repartidos en seis capítulos, seguidos de tres «Declaraciones comunes», que veremos en el lugar oportuno.

Junto a las tradicionales previsiones sobre la *ratificación*, que deberá efectuarse por los Estados miembros y cuyos instrumentos serán depositados en la Secretaría General del Consejo de las Comunidades (art. 63), la *entrada en vigor*, que se efectuará el día primero del tercer mes siguiente a la fecha del depósito de la última ratificación (art. 64), la *duración* del Convenio, que es ilimitada (art. 67), la posibilidad de su *revisión*, que puede solicitarse por cualquier Estado contratante y decidida por una Conferencia al efecto convocada por el Presidente del Consejo comunitario (art. 68), las *lenguas auténticas* (francés, alemán, italiano y neerlandés) y el *depósito* del Convenio en los archivos de la Secretaría del Consejo (art. 69), los dos puntos más interesantes de esta parte son los relativos a la relación que se organiza entre el Convenio, por un lado, y otros convenios o las reglas de derecho interno, por otro, y a la interpretación del Convenio confiada al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que, a diferencia de otros textos convencionales comunitarios, se halla incluido en el propio Convenio formando su Capítulo V.

La primera cuestión se aborda en el art. 61. En su virtud, en las relaciones entre los Estados contratantes, el Convenio prevalece sobre cualquier disposición contraria relativa a la fusión internacional de sociedades anónimas provenientes de legislaciones nacionales distintas y que se hallen contenidas en otros convenios en los que los Estados contratantes sean o puedan ser parte. Sin embargo, todo ello es sin perjuicio de las reglas internas o convencionales, presentes o futuras que, en otros casos, prevean la posibilidad de fusiones internacionales, siempre que en ambos supuestos esas reglas sean compatibles con el Tratado CEE. Dicho de otra forma, los Estados contratantes pueden adoptar una reglamentación interna o internacional más amplia que la del Convenio, pero conciliable con el Tratado de Roma, que en todo caso prevalece, por ejemplo, en las

disposiciones de su art. 7, que preserva de una posible discriminación entre las personas físicas o jurídicas nacionales de los Estados miembros.

En cuanto a la interpretación del Convenio por el Tribunal de Justicia comunitario, la solución aquí adoptada es más compleja que la que existe en el Convenio sobre el reconocimiento de las sociedades y personas jurídicas, y en el relativo a la competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras⁽⁶⁾. En efecto, al igual que el primero de los citados, el art. 57 de este Convenio declara la competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad para decidir a título prejudicial sobre la interpretación, y, el 58 distingue entre las jurisdicciones *obligadas* a solicitar tal interpretación y las que *pueden* hacerlo:

«1. Cuando una cuestión relativa a la interpretación del presente convenio se plantea ante la jurisdicción de uno de los Estados contratantes, esta jurisdicción, si estima que una decisión sobre este punto es necesaria para dictar su fallo, puede pedir al Tribunal de justicia el decidir sobre la cuestión.

2. Cuando una tal cuestión se plantea en un asunto pendiente ante una jurisdicción nacional cuyas decisiones no son susceptibles de un recurso jurisdiccional de derecho interno, esta jurisdicción se halla obligada a dirigirse al Tribunal de justicia».

El art. 59, por su parte, declara la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes del Tratado CEE y del Estatuto del Tribunal de Justicia en materia de recurso prejudicial, al procedimiento de interpretación del Convenio, siempre que éste no disponga otra cosa; la excepción se explica porque, en realidad, la fuente del recurso prejudicial no es, aquí, el art. 177 del Tratado de Roma, sino el 57 del propio Convenio, que establece un procedimiento idéntico a aquél, y que se contiene en el art. 60⁽⁷⁾. Habida cuenta de estas diferencias, el 2.º párrafo del art. 59 decide que el reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia sea adaptado y completado, si fuera preciso, de conformidad con el art. 188 del Tratado CEE⁽⁸⁾.

Pero, por otra parte, el art. 60, siguiendo en este caso a lo establecido en el Convenio sobre la competencia judicial (art. 4 del Protocolo anexo) introduce la posibilidad de otra vía para este recurso:

«1. La autoridad competente de un Estado contratante tiene la facultad de solicitar del Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del presente convenio, si alguna decisión dictada por las jurisdicciones de este Estado está en contradicción con la interpretación dada, ya sea por el Tribunal de justicia, ya por una decisión de una jurisdicción de otro Estado contratante (de las contempladas en el artículo 58, párrafo 2, o que ha decidido en apelación).

Las disposiciones del presente párrafo sólo se aplican a las decisiones con fuerza de cosa juzgada».

Esta solicitud de decisión interpretativa es competencia, aclara, el párrafo 3.º del artículo, de los fiscales generales («procureurs généraux») de los Tribunales Supremos de los Estados contratantes, o de cualquier otra autoridad que éstos designen, pero la interpretación dictada por el Tribunal de justicia es sin efecto sobre las decisiones que motivaron la solicitud de interpretación (párrafo 2.º). De tal forma, esta especie de recurso «en interés de la Ley» intenta evitar que queden cristalizadas las posibles interpretaciones divergentes y deberá interponerse sólo cuando estas últimas posean el valor de cosa juzgada, porque, de lo contrario, la jurisdicción ante la que se presentara un recurso interno contra una de estas decisiones estaría obligada, o podría, según los casos, solicitar la interpretación prejudicial ⁽⁹⁾.

El secretario del Tribunal de Justicia debe notificar la solicitud de decisión interpretativa a los Estados contratantes, a la Comisión y al Consejo de las Comunidades, que cuentan con un plazo de dos meses, a partir de la fecha de notificación, para presentar ante el Tribunal, si lo estiman conveniente, alegatos u observaciones escritas; el procedimiento descrito no da lugar ni a la percepción ni al reembolso de costas (párrafos 4 y 5).

Las disposiciones que acabamos de ver han sido todas aceptadas por los Estados interesados, con excepción de la que, precisamente por eso, se halla entre paréntesis en el texto del art. 60,1. Son favorables a ella las delegaciones alemana, belga e italiana; prefieren suprimirla los franceses, los luxemburgueses (que sin embargo postulan la elaboración de un Convenio general que dé competencia amplia al Tribunal de Justicia para la interpretación de todos los convenios que se celebren en aplicación del art. 220 del Tratado de Roma) y los holandeses (que, no obstante, declaran aceptar lo que decida la mayoría); los alemanes han formulado dos reservas, una, por la que se guardan el derecho de volver a discutir en el momento de los debates en el Consejo, y, otra, por la que han indicado que la solución que al final se adopte no debería prejuzgar otras posibilidades en futuros convenios ⁽¹⁰⁾.

Este evidente deseo de los Estados contratantes de llegar a una interpretación uniforme del Convenio, podría verse frustrado, en ocasiones, si los tribunales supremos de cada uno de ellos dictasen sentencia sin solicitar la decisión interpretativa, sea porque entendieran, que el texto es suficientemente claro, sea porque ya se dictó una interpretación que basta ahora con aplicar al caso, sea porque, aún solicitada, la decisión del Tribunal de Justicia es a su vez objeto de deducciones distintas por una u otra jurisdicción. Para evitar en lo posible esta situación, los Estados contratantes han insertado en el Convenio la «Declaración n.º 2», por la cual tras

manifestar el deseo de garantizar una aplicación lo más eficaz y uniforme posible de las disposiciones convencionales,

«Se declaran dispuestos a organizar, en combinación con el Tribunal de justicia, un intercambio de información sobre las decisiones dictadas en aplicación del presente Convenio por las jurisdicciones mencionadas en el artículo 58, párrafo 2».

II. *Campo de aplicación del Convenio.*

El ámbito del Convenio queda delimitado de dos formas: por razón del territorio y por razón de las sociedades y operaciones a que se aplica.

a) Como ocurre con otros convenios comunitarios, el presente se aplica al

«territorio europeo de los Estados contratantes, a los departamentos franceses de ultramar así como a los territorios franceses de ultramar. El Reino de los Países Bajos puede declarar, en el momento de la firma o de la ratificación del presente convenio, o en cualquier momento posterior, por vía de notificación al secretario general del Consejo de las Comunidades Europeas, que el presente Convenio es aplicable al Surinam y a las Antillas neerlandesas». (art. 62)⁽¹¹⁾.

b) El Capítulo I del Convenio delimita, en tres artículos, su campo de aplicación. Las sociedades que contempla pueden localizarse por su *conexión con un Estado contratante* o por su *forma jurídica*. Las operaciones posibles son dos: la fusión por absorción y por constitución de una nueva sociedad. Veremos pues a continuación estos puntos.

A. *El problema de la conexión de la sociedad con un Estado contratante.*

De sobra son conocidas las a veces graves dificultades que surgen en materia de «nacionalidad» de las sociedades, sobre todo cuando el vínculo que las relaciona con un Estado debe ser tomado en cuenta para atribuirles determinadas posibilidades de acción o ciertos beneficios en otro Estado, en el marco de un Convenio suscrito en el desarrollo de unos objetivos inmediatamente económicos como los que persigue el Tratado CEE. Criterios estrictamente jurídicos se ven interferidos por condicionantes económicos e, incluso, políticos. Estas dificultades ya se manifestaron de forma evidente en el momento de la elaboración del Convenio de 29 de Febrero de 1968 sobre el reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas, que no lograron solución más que a través de un compromiso que diera satisfacción a los Estados contratantes. Llegados al tema de la fusión internacional, o más exactamente, intracomunitaria, de las sociedades, el problema tenía que resurgir con mayor acuidad, puesto que se trataba ahora de proceder a una concentración económica de ciertas entida

des a las que, por su especial importancia, el criterio estrictamente jurídico de vinculación con un Estado podía ser considerado como insuficiente, al margen de la dificultad de su propia estimación por el distinto tratamiento que, a nivel del reconocimiento mutuo, podía producirse por el juego de los art. 3 y 9 del citado Convenio de febrero de 1.968 (que permiten el rechazo del reconocimiento de ciertas sociedades y personas jurídicas sin una vinculación seria con la economía de un Estado contratante o por razones de orden público, respectivamente).

Así, los redactores del Convenio se vieron obligados, tras largos debates, a resolver todo un conjunto de problemas por la vía de la proposición de un texto *mínimo*, que reunió la unanimidad de los expertos, en donde se determina la conexión jurídica de las sociedades que van a beneficiarse de la posibilidad de fusión, y la propuesta de dos variantes o alternativas, que deberían ser discutidas por los Estados, en las que se da entrada al ligamen económico, de una u otra forma.

El acuerdo mínimo conseguido se refiere al punto de partida para la determinación del factor jurídico de conexión, y se contiene en el art. 1, párr. 1 del Convenio:

«Las sociedades constituidas de conformidad con la Ley de Estados contratantes diferentes podrán fusionarse según las disposiciones del presente Convenio si son reconocidas en los Estados contratantes en virtud del Convenio de 29 de Febrero de 1.968 sobre reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas».

De esta forma queda delimitado el alcance del Convenio por las sociedades que contempla. Si recordamos las disposiciones del art. 61, que en cierta manera perfilan este ámbito con relación a otros convenios o a reglas de derecho interno, es claro que caben perfectamente otras posibilidades, que las reglas convencionales no impiden, de fusión internacional de sociedades bajo fórmulas distintas. Por otro lado, las fusiones aquí previstas son las realizadas entre sociedades constituidas de acuerdo con la Ley de Estados contratantes distintos (y recuerdese que la ley de constitución es el criterio principal para el reconocimiento en el marco del Convenio de Febrero de 1.968) por lo que la fusión entre sociedades constituidas en un mismo Estado queda fuera evidentemente del alcance del Convenio. Por último, la fusión a que se refieren estas disposiciones es la de aquellas sociedades que pueden ser reconocidas por aplicación de las reglas del Convenio pertinente de 1.968, lo que significa que los motivos en él recogidos para fundamentar la negativa de reconocimiento vendrán a completar el perfil del ámbito cubierto por el Convenio sobre la fusión. Precisamente este último punto es el que ha originado las posturas encontradas de las delegaciones negociadoras, que ha conducido a la propuesta de

dos variantes, a elegir por los Estados, y que debe acompañar como párrafo 2 y 3, según los casos, al art. 1.

La primera variante dice así:

«2. Si una de las sociedades que se fusionan no es reconocida en un Estado contratante en virtud del artículo 3 o del artículo 9 del Convenio sobre reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas, el presente Convenio no es aplicable si una de las sociedades que se fusionan o la nueva sociedad tiene su sede en el territorio de dicho Estado.

3. Si ninguna de las sociedades que se fusionan, ni la nueva sociedad, tiene su sede en el Estado que, en virtud del artículo 3 o del artículo 9 del Convenio de 29 de Febrero de 1.968, no reconoce a una de estas sociedades, la fusión no produce efecto con relación a este Estado».

La segunda variante propuesta es literalmente idéntica a la primera parte de la anterior. El problema está, pues en que unos Estados se hallan dispuestos a aceptar la primera parte de la primera variante, pero sólo si a ella se acompaña la precisión que se inserta en el párrafo 3.º (Alemania, Francia e Italia), mientras que otros únicamente aceptan la primera parte y descartan la segunda (Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos. La delegación alemana podría también sumarse eventualmente a esta postura).

La primera variante previene, por un lado, la inaplicabilidad del Convenio cuando cualquiera de las sociedades fusionadas, o la resultante de la fusión, se ve oponer una negativa de reconocimiento en virtud de las disposiciones del Convenio pertinente, por parte del Estado de sede de cualquiera de ellas. Aceptar lo contrario hubiera significado privar completamente de efectos a la negativa de reconocimiento permitida por el Convenio de 1.968. La solución es radical por dos motivos: la disposición jugaría incluso en el supuesto de que una de las sociedades fusionadas estuvieran reconocidas por el Estado en cuestión, a lo que habría que añadir que el efecto de la fusión queda excluido de forma general, esto es, también frente a los Estados que reconocen a la sociedad no reconocida por el otro. Sin embargo, cuando ninguna de las sociedades tuviera su sede en el Estado que deniega el reconocimiento de una de ellas, el Convenio resultaría plenamente aplicable⁽¹²⁾. Estas dos vertientes que, en definitiva, limitan los efectos de un no reconocimiento en su relación con la fusión, son las que, aceptadas por unos, no lo son por los otros más que bajo una condición: que aunque el Convenio resulte aplicable a la fusión de dos sociedades ninguna de ellas domiciliada en el Estado que niega el reconocimiento a una u otra, sus efectos no sean oponibles a este Estado. Sería esta la precisión contenida en la segunda parte de la primera variante. En conclusión, aceptar que, tras el párrafo 1 del art. 1. figure sólo un párrafo

2.º, es decir, la primera variante sin condición alguna (o la segunda, que sería lo mismo) es conceder al Estado que deniega el reconocimiento de una de las sociedades la imposibilidad de la fusión, si cualquiera de ellas tiene su sede en su territorio; pero nada más; fuera de este supuesto, la fusión produciría efectos frente a todos los países, incluido el que negó el reconocimiento. Si se incluye un párrafo 3.º, este último Estado aún tiene la posibilidad de que los efectos de la fusión así realizada le sean inoponibles. Estas son las dos alternativas sobre las que deben pronunciarse los Gobiernos respectivos⁽¹³⁾.

B. *La forma jurídica de las sociedades.*

El art. 2 del Convenio declara su aplicación a una sola forma de sociedades, *la sociedad anónima*, excluyendo por consiguiente todas las demás. Las dudas que se plantearon en el seno del comité de expertos sobre la posible inclusión de las sociedades limitadas, fue resuelta en el sentido de dejar el tema como objeto de un nuevo convenio, una vez que el presente hubiera proporcionado un cierto caudal de experiencias en cuanto a su funcionamiento.

Así, dice el art. 2:

- «Las sociedades en el sentido del artículo primero son:
- la société anonyme—de naanzole vennootschap—del derecho belga,
 - die Aktiengesellschaft del derecho alemán,
 - la société anonyme del derecho francés,
 - la società per azioni del dercho italiano,
 - la société anonyme del derecho luxemburgués,
 - de naamloze vennootschap del derecho neerlandés».

C. *Las operaciones posibles para la fusión.*

Son estas las dos que previene el art. 3:

- «La fusión puede realizarse bien por la absorción de una (o varias sociedad(es) por otra, de conformidad con el Capítulo II, bien por la constitución de una nueva sociedad de conformidad con el Capítulo III del presente Convenio»⁽¹⁴⁾.

Al margen de las definiciones de estas dos operaciones de fusión, que el Convenio contiene, es evidente que quedan excluidas de su ámbito cualquier otro tipo que pudiera originar el mismo resultado u otro económica o jurídicamente similar. Esta es una de las numerosas reglas materiales del Convenio, que se impone sin más, cualquiera que sea el tenor de los ordenamientos internos de los países contratantes.

LA FUSION POR ABSORCION

De ella se ocupa la mayor parte del Convenio, que le dedica como dice la disposición anterior, su Capítulo II, a lo largo de 8 secciones. La primera de ellas contiene, en tres artículos, la definición de la fusión por absorción.

1. *Definición.*

En sentido estricto, al art. 4 define el concepto de la forma siguiente:

«La fusión por absorción es la operación por la cual una sociedad transfiere a otra, por causa de una disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio activo y pasivo mediante la atribución, a los accionistas de la sociedad absorbida, de acciones de la sociedad absorbente, y, eventualmente, de una compensación en efectivo («soulte en espèce») que no sobrepase el diez por ciento del valor nominal de las acciones atribuidas, o, en defecto de valor nominal, de su par contable»⁽¹⁵⁾.

La definición uniforme recoge, desde luego, los rasgos comunes de esta operación en los distintos Estados contratantes: disolución pero no liquidación de la sociedad; transmisión del conjunto del patrimonio, generalmente de pleno derecho, de una sociedad a otra; atribución a los accionistas de la sociedad absorbida de acciones de la sociedad absorbente, puesto que si eliminara a éstos no habría una auténtica fusión ni posiblemente pudiera transmitirse el pasivo de la sociedad absorbida sin el acuerdo de sus acreedores; posibilidad de prever una compensación en efectivo si el intercambio de acciones no es exacto, pero limitado al porcentaje que conocemos del valor nominal de las acciones atribuidas, o, en su defecto, de su par contable⁽¹⁶⁾.

Pero la definición debe ser completada con las matizaciones que aportan los arts. 5 y 6. En virtud del primero de ellos,

«1. Las disposiciones del presente capítulo son igualmente aplicables cuando una de las sociedades es titular de todo o parte de las acciones de la otra.

2. Sin embargo, si la sociedad absorbente es titular de todas las acciones de la sociedad absorbida, las disposiciones del artículo 8, párrafo 1, b) y c) no son aplicables. En tal caso:

a) El informe previsto en el artículo 11 sólo se establece por la sociedad absorbente;

b) cada uno de los informes previstos en el artículo 12 se establecerá de acuerdo con ese texto, pero sólo será sometido a los accionistas de la sociedad absorbente».

El artículo distingue, como puede observarse, el supuesto de control de una sociedad por la otra o sólo el caso de participación minoritaria en el que no puede existir tal control. En ambos casos, el Convenio se aplica puesto que las operaciones que describe, sea que la sociedad absorbida detente acciones de la absorbente, sea lo contrario, se considerarán integrantes de una misma operación de fusión. Lo que ocurra con esas acciones deberá decidirlo, lógicamente, la ley aplicable a la sociedad absorbente, y no la absorbida, que desaparece. Ahora bien, cuando la sociedad absorbente sea la titular de todas las acciones, se producirán ciertas excepciones del régimen general, que veremos al estudiar las disposiciones aludidas en este artículo.

Por su parte, el art. 6 dispone que

«La fusión por absorción puede igualmente tener lugar con una sociedad absorbida en liquidación, si la ley aplicable a esta sociedad lo permite y siempre que la sociedad absorbida no haya todavía comenzado el reparto de su activo entre sus accionistas».

Así, también es aquí posible la fusión si concurren las dos condiciones que se señalan: que las disposiciones en materia de fusión de la ley aplicable a la sociedad absorbida lo permitan⁽¹⁷⁾ y que tal sociedad no haya comenzado ya el reparto de su activo, puesto que de otro modo, podría existir una contradicción con el art. 5 cuando exige que se trate de una disolución sin liquidación; de la misma forma, que se haya pagado una parte del pasivo no se opone a la realización de la operación, puesto que ello no tendrá más alcance que el ajustar la relación de cambio de las acciones.

2. Preparación de la fusión.

Todo el conjunto de cuestiones relativas a la fusión proyectada, necesarias para que ésta llegue a buen fin, se hallan minuciosamente detalladas y reglamentadas en los arts. 7 a 15, que componen la sección 2.ª de este capítulo.

El art. 7 inicia los pasos en orden a la preparación de la fusión, exigiendo, por medio de una regla de conflicto, un «proyecto de fusión»:

«1. Los órganos de las sociedades que se fusionan, competentes a este efecto en materia de fusión según la ley aplicable a cada una de las sociedades, establecen por escrito un proyecto de fusión.

2. Este se hará en forma auténtica si la ley de una de las sociedades que se fusionan lo exige.

3. Si, en virtud de la ley de una de las sociedades, debe celebrarse un contrato anteriormente a las decisiones de las

asambleas generales, ese contrato constituye el proyecto de fusión en el sentido del presente Convenio».

Con estas disposiciones, se ha dado satisfacción a los distintos matices que actualmente diferencian las reglas internas de los Estados contratantes, diferencias que, en todo caso, tendrán que desaparecer con el juego de la Directiva sobre las fusiones internas ya citada. Lo que el art. 7 exige como fondo común es que se presente un proyecto de fusión por escrito, que puede ser un contrato y revestir la forma auténtica (generalmente la notarial), cuando la ley que regula a una de las sociedades que piensan fusionarse entre sí lo prescribe (el derecho alemán). Los órganos competentes para redactar el proyecto serán los determinados por la ley de cada una de las sociedades, aunque, más adelante, cuando se apruebe la Directiva en la materia, serán éstos los órganos de administración de las sociedades.

El contenido del proyecto de fusión «debe mencionar, al menos», según el art. 8:

a) la denominación, la forma jurídica y la sede social de las sociedades que se fusionan;

b) La relación de cambio de acciones, y, llegado el caso, el montante de la compensación;

c) las modalidades de la entrega de acciones de la sociedad absorbente y la fecha a partir de la cual las acciones dan derecho a participar en los beneficios;

d) la fecha a partir de la cual se consideran como realizadas por cuenta de la sociedad absorbente las operaciones de la sociedad absorbida;

e) los derechos que se garantizan por la sociedad absorbente a los accionistas con derechos especiales y a los portadores de títulos distintos a las acciones, o las medidas propuestas en relación con ellos.

2. El proyecto de fusión debe mencionar, además, que la fusión se halla subordinada a la aprobación del proyecto de fusión por los órganos competentes definidos en el artículo 16».

No cabe duda de que el art. 8 es una regla material en su conjunto que impone un contenido mínimo al proyecto de fusión (contenido idéntico, salvo en su párrafo 2, al de la Directiva sobre fusiones internas) por lo que no es necesario comentario alguno. Baste con indicar, como hace el «Rapport», que las menciones b) y a) no tienen porqué figurar en el proyecto cuando la sociedad absorbente es titular de la totalidad de las acciones de la absorbida, ya que, en tal caso, no existen accionistas exteriores a la pri-

mera de ellas que deban ser protegidos por medio de esas informaciones⁽¹⁸⁾. La mención e) es lo suficientemente amplia para que en ella quepan todos aquellos títulos diferentes de las acciones ordinarias y el tratamiento que se piensa dar a los poseedores de derechos especiales. Por último, en el párrafo 2, se pretende proteger, con la obligada mención que allí se impone, a los terceros que, desconocedores del tenor de una ley extranjera, pudieran creer que con el proyecto de fusión es suficiente para que ésta se consuma.

Pero al proyecto de fusión deben acompañarle, todavía, determinados elementos enumerados en el art. 9, que son:

- a) los estatutos puestos al día de las sociedades que se fusionan;
- b) los balances, cuentas de pérdidas y beneficios, e informes anuales de los tres últimos ejercicios de las sociedades que se fusionan;
- c) una situación contable, establecida el primer día del segundo mes precedente a la fecha del proyecto de fusión, en el caso de que el último balance se refiera a un ejercicio cerrado más de seis meses antes de dicha fecha;
- d) los informes («rapports») de los órganos competentes de las sociedades que se fusionan previstos en el artículo 11;
- e) los informes de expertos previstos en el art. 12».

De todos estos documentos que deben ir anejos al proyecto de fusión, los tres primeros deben hallarse a disposición de cualquier interesado, en especial los acreedores sociales, mientras que los dos restantes serán lógicamente reservados a los accionistas. Esta es la distinción que se desprenderá, como veremos, de los arts. 14 y 15 del Convenio. Debe observarse, por otro lado, que entre estos documentos cobra una especial importancia el señalado en la letra c), previsor de una información actualizada, para todo interesado, de la situación contable de la sociedad. Precisamente a ella se refiere el art. 10, para cuando sea necesario, en los siguientes términos:

«La situación contable prevista en el artículo 9, c, se establecerá según los mismos métodos y siguiendo la misma presentación que el último balance anual».

Ahora bien, como sería notablemente molesto o costoso preparar un documento como este, que, en realidad, es ni más ni menos que un nuevo balance puesto al día, el segundo apartado de este artículo añade que,

«Sin embargo,

- a) no se procederá a un nuevo inventario real,

b) las evaluaciones que figuran en el último balance sólo serán modificadas en función del movimiento de escrituras; no obstante, se tendrá en cuenta:

- las amortizaciones y provisiones interinas,
- los cambios importantes de valor real que no aparezcan en las escrituras».

Es evidente que con todas estas informaciones y precisiones, de obligada observancia para una proyectada fusión de determinadas sociedades, los derechos y expectativas de todos los interesados quedan racionalmente a cubierto, los que, en definitiva, se hallarán documentados sobre la real situación contable de las entidades a fusionar, en una fecha lo suficientemente actualizada para que no haya sorpresas⁽¹⁹⁾.

El art. 11 se ocupa de uno de los documentos que, conforme al art. 9, deben acompañar al proyecto de fusión:

«Los órganos de cada una de las sociedades que se fusionan, competentes según la ley respectivamente aplicable a éstas, establecerán un informe («rapport») detallado explicando y justificando, desde el punto de vista jurídico y económico, el proyecto de fusión, y, en particular, la relación de cambio de las acciones».

La disposición coincide plenamente con la del art. 5 de la Directiva sobre las fusiones internas; en ésta se señala como competentes para elaborar el informe los órganos de administración de las sociedades; así que, una vez aprobada la Directiva, estos órganos serán los que previene el art. 11 del Convenio, con lo que, a pesar de la norma de conflicto, habrá uniformidad de los mismos en todos los Estados contratantes.

También como en la Directiva, el informe que exige el Convenio debe ser minucioso, detallado y tendrá que fundamentar la base jurídico-económica del proyecto de fusión, todo ello dirigido naturalmente a proporcionar una información completa y amplia a los accionistas, pero no accesible a los terceros. En el citado informe figurará lo que sus redactores estimen más conveniente, pero, al menos, debe quedar perfectamente clara la relación de cambio de las acciones; en este último punto, la disposición es imperativa, puesto que no en balde aquella relación constituye la finalidad esencial del informe. Este, recuérdese, sólo se establecerá por la sociedad absorbente cuando sea ella la titular de todas las acciones de la sociedad absorbida (art. 5,2,a) puesto que en tal supuesto es lógico que no haya disparidad de intereses entre los accionistas de una y otra.

Siguiendo en la tónica de reunir una información completa en torno a la fusión que se proyecta como garantía para los interesados, el art. 12 del Convenio, en términos muy próximos a la Directiva sobre las fusiones internas, preceptúa la confección de un informe técnico y las personas

aptas para ello. El texto de la disposición se sirve tanto de reglas materiales como de la utilización de normas de conflicto. Este informe es de los que deben acompañar al proyecto de fusión, según ordena el art. 9, e).

a) *El informe técnico* se impone en el párrafo 4:

«Los expertos examinan el proyecto de fusión y establecen un informe destinado a los accionistas. El objeto y el contenido de este informe se determinan, para cada sociedad, por la ley que le es aplicable, pero los expertos, en cualquier caso, deben declarar si, en su opinión, la relación de cambio es o no justificada».

Tenemos pues, como puntos esenciales, que el informe de los expertos, destinado a los accionistas, debe ajustarse, en cuanto a su objeto y contenido, a la ley relativa a la fusión aplicable a cada sociedad, pero imperativamente deberá contener la opinión de los expertos sobre la justificación que proceda sobre la relación de cambio de acciones. Esta opinión, dice el párrafo 5, «deberá ser motivada al menos por las indicaciones siguientes:

a) la relación de los activos netos de las sociedades sobre la base de los valores reales;

b) la relación de los valores de rendimiento de las sociedades, habida cuenta de las perspectivas de futuro;

c) los criterios de evaluación de los activos netos y de los valores de rendimiento.

Pero como en esta evaluación de los activos y de los rendimientos previsibles pueden quedar condicionados por factores aleatorios o variables, el apartado 6 impone la obligación de su constancia en el informe:

«El informe indicará, además, las dificultades particulares de evaluación, si existen».

mientras que el 7 faculta a los expertos—y obliga a las sociedades—para recabar todo lo que estime necesario para llevar a buen término su misión:

«Cada experto tiene derecho a obtener de las sociedades que se fusionen, toda la información y documentos que estime útiles y de proceder a todas las comprobaciones necesarias».

Debe recordarse, de nuevo, que estos informes sólo serán presentados a los accionistas de la sociedad absorbente cuando ésta posea todas las acciones de la sociedad absorbida (art. 5, pár. 2, b).

b) Los tres primeros párrafos contemplan, respectivamente, *la designación de los expertos*, su condición y calificaciones, y las modalidades de su designación:

«1. Un experto al menos será designado para cada una de las sociedades que se fusionan. La misma persona no podrá ser designada más que para una sola sociedad.

2. Estos expertos deberán ser independientes y calificados, según la ley aplicable a la sociedad para la que han sido designados, para proceder al control legalmente prescrito de las cuentas anuales de esta sociedad».

Significa ello que, en todo caso, los expertos deben ser independientes de la sociedad para la que han de ser designados, lo que excluye, evidentemente, a sus dirigentes o, incluso, empleados normales. Sus cualidades y calificación en la misión a cumplir, por el contrario, deberán apreciarse por la ley aplicable a la sociedad en cuestión⁽²⁰⁾. Esta ley es la que, igualmente determinará las modalidades de designación del o de los expertos:

«3. El modo de designación de los expertos será determinado por la ley de la sociedad para la que son nombrados. Podrán ser las personas encargadas del control de las cuentas anuales si reúnen las condiciones del párrafo 2 del presente artículo».

Así, cuando la ley aplicable a la sociedad lo permita, los expertos podrán ser nombrados por los órganos de esa misma sociedad, o, en su caso, por autoridades judiciales o administrativas⁽²¹⁾.

Debe indicarse, por último, que la delegación belga, a instancia de la comisión bancaria de su país, ha manifestado una reserva al texto del art. 12, concretamente a su párrafo 4 y 5⁽²²⁾.

A partir de este momento, puede considerarse debidamente completado el proyecto de fusión. Sólo resta, para que finalice la etapa de la preparación, paso previo a la adopción de una postura favorable o no de la fusión proyectada y la pertinente decisión, que aquél sea conocido por quienes correspondan (accionistas portadores de títulos con derechos especiales, acreedores sociales o poseedores de títulos distintos, y, en general, toda persona legítimamente interesada, según los casos). La información a que se alude se hace posible por medio de la *publicidad* del proyecto de fusión, regulada en los arts. 13, 14 y 15 del Convenio.

Según el primero de ellos—que contempla la publicidad propiamente dicha—el anuncio del proyecto de fusión se publicará en cada uno de los Estados contratantes de las sociedades que van a fusionarse,

«al menos un mes antes de la fecha para la que se convoca la asamblea general, en el boletín nacional designado para la publicación de las modificaciones de los estatutos. La publicación del anuncio tendrá lugar de acuerdo con las disposiciones de la ley que rige a cada una de las sociedades.

Tenemos así una nueva regla material, acompañada de una regla de conflicto. Por la primera, se impone a los proponentes de la fusión la publicidad del proyecto en cada uno de los Estados, el plazo mínimo y el lugar en que debe insertarse. Por la segunda, se confía a la ley de cada uno de aquellos Estados el trámite o circunstancias de la publicación. Ahora bien, la Directiva sobre la fusión interna se remite, en este primer punto, a la primera Directiva del Consejo, de 9 de Marzo de 1.968⁽²³⁾ sobre la coordinación, para hacerlas equivalentes, de las garantías que son exigidas, en cada Estado miembro, a las sociedades en el sentido del art. 58,2 del Tratado CEE, para proteger los intereses de los socios y terceros, que, a partir de su art. 2, coordina la materia objeto de publicidad, las formas de ésta y las sanciones en caso de incumplimiento. De ahí que la regla conflictual tenga un alcance limitado a la designación del boletín y a la determinación de las personas habilitadas para proceder a la publicación.

Sin embargo, con la publicidad del anuncio no es suficiente. El Convenio, que persigue en esta fase la protección de todo interesado, en especial de los acreedores sociales, ordena acompañar el anuncio de toda una serie de indicaciones. Es lo que dispone el párrafo 2 de este art. 13:

«Este anuncio debe contener las menciones que figuran en el art. 8. Debe mencionar, además, las medidas de publicidad previstas en los artículos 14 y 15, el derecho de consulta y el de obtención de copias que conceden estas disposiciones, así como el derecho de los acreedores a requerir la constitución de una garantía («sûreté») según los artículos 18 a 21».

Si las menciones del art. 8, que constituyen el contenido mínimo del proyecto, ya las conocemos, veremos inmediatamente las disposiciones referidas en el párrafo anterior.

La primera de ellas, el art. 14, previene el depósito del proyecto de fusión, con ciertos de sus anexos, para que pueda ser accesible sin restricciones, así como la obtención de copias:

«1. El proyecto de fusión, así como los anexos contemplados en el artículo 9, a, b y c, serán depositados el día de la convocatoria de la asamblea general llamada a deliberar sobre aquél, y, en todo caso, un mes al menos antes de la fecha de la reunión, en el expediente («dossier») abierto, a nombre de cada una de las sociedades que se fusionan, de conformidad con la ley que le es aplicable.

2. Una copia literal o parcial de los documentos mencionados en el párrafo 1 podrá ser obtenida con su simple solicitud, sin que el coste de esta copia pueda superar el coste administrativo».

Significa la disposición, en su primera parte, que el depósito del proyecto debe ser público y perfectamente accesible a cualquiera; que deberá efectuarse un mes antes de la fecha fijada para la reunión de la asamblea general que sobre aquél debe deliberar o en la fecha de la reunión si ésta se produce antes de dicho plazo; el lugar del depósito es el expediente abierto en el Registro mercantil o central para cada empresa y que debe ya funcionar en cada Estado en virtud de la Directiva de coordinación de 9 de Marzo de 1.968, ya citada (art. 3, párr. 1 y 2 de la Directiva).

La segunda parte no tiene problema alguno y se dirige a facilitar a cualquier persona que lo solicite, una copia íntegra o parcial del proyecto de fusión y de los documentos que le deben acompañar, a un precio nunca superior al del conste administrativo. La disposición es, de esta manera, de carácter material, con lo que se impondrá cualquiera que sea el tenor de los derechos internos de los Estados contratantes.

Por último, la información reservada a los accionistas y el derecho a obtener copias de los diversos documentos se previene en el art. 15:

«1. A contar desde la convocatoria de la asamblea general llamada a deliberar sobre el proyecto de fusión, y, en todo caso, durante el plazo de un mes antes de la fecha de la reunión, cualquier accionista tiene derecho a conocer, en la sede social, el proyecto de fusión y los anexos mencionados en el artículo 9.

2. Una copia literal o parcial de los documentos mencionados en el párrafo 1 podrá ser obtenida por todo accionista, sin gastos y por simple solicitud».

De esta forma, queda diferenciado lo que es o debe ser de dominio público y lo lícitamente reservado para conocimiento de los solos accionistas, esto es, los informes de los órganos sociales y de los expertos previstos en los arts. 11 y 12; este derecho de información comienza en la misma fecha y dispone del mismo plazo que en el supuesto de la información pública del artículo anterior, y, como en éste, se reconoce el derecho a obtener copia, por simple demanda, aunque aquí, del conjunto de los documentos, por cualquiera, pero sólo el accionista, y gratuitamente.

3. *Decisión de fusión.*

Se ocupan de ella los arts. 16 y 17, que componen la sección 3.^a de este Capítulo. Se trata en ellos del órgano competente para decidir, con determinadas matizaciones impuestas por los derechos de los Estados miembros, y de las condiciones de reunión y deliberación de aquéllas. Ambos artículos organizan el tratamiento de este punto por medio de reglas materiales y de conflicto.

En virtud del párrafo 1 del art. 16,

«La fusión requiere la aprobación de la asamblea general de cada una de las sociedades que se fusionan».

Regla material, literalmente idéntica a la del art. 4, pár. 1 de la proposición de Directiva sobre las fusiones internas, el juego de ambas hará que sea uniforme el órgano competente para decidir la fusión de los países contratantes, ya se trate de fusiones internas o de las comunitarias previstas en el Convenio. La regla es, por otro lado, perfectamente coherente con la importancia que reviste, para los accionistas, una decisión de fusión de sus respectivas empresas.

Sin embargo, si la intervención de la asamblea general es ineludible, puede no ser suficiente. En efecto, explica el «rapporteur» del proyecto de Convenio que la sociedad puede comprender accionistas poseedores de derechos especiales o hallarse vinculada con portadores de títulos diferentes de las acciones. Con independencia de otras medidas, como la de la letra e) del párrafo 1 del art. 8, la protección de los derechos de estas personas se halla generalmente organizada por las legislaciones nacionales por medio de la facultad que a aquéllas se concede para intervenir en la decisión, si bien las modalidades de tal intervención son distintas y variables en cada país contratante⁽²⁴⁾. De ahí la necesidad de una regla de conflicto que reenviara, en definitiva, a la ley de estos países en el punto citado; este es el contenido del párrafo 3.º de este mismo artículo.

«Son aplicables las disposiciones de la ley que rige a cada una de las sociedades relativas a la intervención en la decisión de fusión de los accionistas con derechos especiales o de los portadores de títulos diferentes de las acciones».

Esta suerte de compromiso se refleja igualmente en su párrafo 2.º, por el cual,

«Si, según las disposiciones de la ley del Estado que rige a una de las sociedades, debe celebrarse un contrato de fusión con posterioridad a las decisiones de las asambleas generales, estas disposiciones son aplicables».

El compromiso es, esta vez, con el derecho italiano, que como ya dijimos, exige un «*atto di fusione*», acto de naturaleza contractual y posterior a la decisión de las asambleas generales, para consumir jurídicamente la fusión. En este derecho, las decisiones de las asambleas sólo vinculan a los órganos sociales y a los accionistas, pero no establecen una relación jurídica con los terceros, y, para la transmisión del patrimonio de una sociedad a otra, es necesario un acto posterior de ejecución de las decisiones celebrado entre ambas⁽²⁵⁾.

En virtud del art. 17, pár. 1,

«La convocatoria, la composición, la celebración de las asambleas generales, así como las condiciones de quorum y de mayoría, serán reguladas, para cada una de las sociedades que se fusionan, por las disposiciones de su propia ley aplicable a las fusiones, o, en su defecto, a las modificaciones de estatutos».

La utilización de una regla de conflicto en este caso obedece a las divergencias de tratamiento de las cuestiones recogidas en la disposición por parte de los diferentes Estados contratantes⁽²⁶⁾. Así, las reglas de la ley aplicable a la sociedad en materia de fusión regularán todas aquellas cuestiones que constituyen un tanto materia de procedimiento de las asambleas de las sociedades; si nada se hubiera previsto en el país, cuya ley resulta aplicable, en lo relativo a la fusión, resultarán entonces pertinentes las disposiciones reguladoras de las modificaciones de estatutos⁽²⁷⁾.

La regla de conflicto convencional lleva, en el estado actual de los derechos de los contratantes, a la aplicación de sus normas sobre las fusiones internas, puesto que en ninguno de ellos existe previsión legislativa sobre las fusiones internacionales. Por ello, sería muy posible que llegara el momento en que la fusión fuera impracticable por el juego de estas reglas internas, sobre todo en lo que respecta a la sociedad que va a ser absorbida. La forma de paliar este peligro era, sin prejuzgar las facilidades legislativas que pudieran arbitrarse en los Estados contratantes, dar cabida a las disposiciones estatutarias de la sociedad en este punto, pero limitando las soluciones legislativas o estatutarias por una regla material que impusiera unos máximos infranqueables. De ahí el párrafo 2.º del art. 17:

«La ley de la sociedad absorbida, o los estatutos de ésta, pueden fijar las condiciones de mayoría o de quorum particulares para las fusiones regidas por el presente convenio. Sin embargo, en ningún caso podrán exigir:

—sea una mayoría superior a los 3/4 de los votos expresados en la asamblea general y un quorum que sobrepase la mitad de las acciones con derecho a voto en primera convocatoria y el cuarto de estas acciones en segunda convocatoria;

—sea, si la ley no prevé quorum, una mayoría superior a los 3/4 de los votos expresados y a los 4/5 del capital social representado en la decisión».

De esta forma queda descartada la imposibilidad de una fusión comunitaria por el hecho de la exigencia, en la ley del Estado de una de las sociedades, de la aprobación unánime de los accionistas para las fusiones internas. La regla material del art. 17 así lo decide a través del señalamiento de los porcentajes indicados.

4. Protección de los acreedores.

Hasta ahora el Convenio ha ido arbitrando una normatividad protectora de accionistas, y, en lo que respecta a las medidas de publicidad, de los acreedores de las sociedades que piensan fusionarse, muy particularmente en ambos casos, de los de la sociedad que deberá ser absorbida. Sin embargo, en lo que concierne a estos últimos, que en definitiva van a verse imponer un nuevo deudor y que generalmente se hallará vinculado a la ley de un Estado diferente del que lo era originariamente, esto es, del Estado de la sociedad absorbida, la protección no parecía suficiente. El objeto de los arts. 18 a 21, que componen la sección 4 de este Capítulo, es el de procurar la salvaguarda de los derechos de estos acreedores, en especial de los no obligacionistas, pero sin olvidar a los otros. De nuevo, las disposiciones que vamos a ver obedecen a un compromiso entre las soluciones que en esta materia protectora existen en los Estados contratantes, haciéndose extensibles, por otro lado, a los acreedores de la sociedad absorbente. La última disposición contemplará, por su parte, la protección de los accionistas con derechos especiales y a los portadores de títulos distintos a las acciones.

Los arts. 18 y 19 contemplan la protección *a priori* y *a posteriori* de los acreedores no obligacionistas de la sociedad absorbida.

En virtud del art. 18,

«1. Los acreedores no obligacionistas de la sociedad absorbida cuyo crédito es anterior a la publicación del anuncio del proyecto de fusión concerniente a esta sociedad, podrán exigir, en los treinta días de esta publicación, la constitución de una garantía («sûreté»).

2. A falta de acuerdo en los ocho días siguientes al de la recepción por la sociedad de la petición del acreedor, el tribunal aplazará la iniciación de los efectos de la fusión hasta la constitución de la garantía que él ordenase o hasta el rechazo de la petición. El tribunal rechazará la petición si el acreedor dispone ya de una garantía suficiente o si una de las sociedades que se fusionan prueba que la sociedad absorbente es de manifiesta solvencia.

3. La sociedad será dispensada de constituir una garantía si la deuda, incluso no vencida, es reembolsada ya sea antes de la decisión del tribunal, ya, a más tardar, en el plazo de un mes desde esta decisión».

La disposición plantea diferentes cuestiones. En primer lugar, todos los problemas pueden ser resueltos con el cumplimiento, por parte de la sociedad absorbente o de la absorbida, de la deuda contraída por ésta últi-

ma. El párrafo 3.º, regla material, así lo previene, incluso en el supuesto de que la deuda no haya llegado a la fecha de vencimiento. Si de todas formas tuviera que recurrirse a un tribunal, todavía podría cancelarse la cuestión durante el procedimiento o en el plazo de treinta días a contar de la decisión pertinente, si ésta es desfavorable a la sociedad.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta, como veremos, que el art. 21 del Convenio permite a los Estados excluir la aplicación del art. 18. De no ser así, los acreedores podrán *exigir* de la sociedad que va a ser absorbida la constitución de una garantía. Ahora bien, esta exigencia se produce a través de una «petición» («demande» según el texto francés) sobre cuya forma nada dice el Convenio, por lo que habrá que remitirse a lo que disponga el derecho interno de los diferentes Estados contratantes; un plazo de ocho días se imparte para llegar a un acuerdo entre las partes, que, por el juego del párrafo 3.º, tendrá que desembocar, en definitiva, o en la renuncia del acreedor a su pretensión, o en la constitución de la garantía. A falta de ello, la cuestión más vidiosa es la interpretación del significado del término «petición» que por dos veces figura en el párrafo 2.º. En efecto, la «petición» se dirige a la sociedad pero, si no se atiende y debe llegarse a un tribunal, la «petición» puede ser rechazada por éste. El problema consiste en saber si se trata de un acto único, con una doble vertiente, o de dos actos distintos, esto es, si la «petición» es, a la vez, una solicitud dirigida a la sociedad (a la que el acreedor tiene derecho a «exigir») y un acto introductivo de una instancia ante el tribunal, para el caso de que no se le dé satisfacción, o, por el contrario, la actuación procesal requiere de un segundo paso, de una nueva «petición» de iniciación del proceso, que es la que podría ser rechazada. En opinión del «rapporteur», y su argumento parece en principio pertinente, a falta de disposición interna que se haya pronunciado sobre el particular, la «petición» debe reunir el doble carácter de solicitud y de pieza introductiva de instancia, pues, de otro modo, la solución se dilataría innecesariamente en el tiempo, ya que la disposición ordena imperativamente el aplazamiento de los efectos de la fusión en tanto no se haya rechazado por el tribunal la «petición» o, si es aceptada, hasta la ejecución efectiva de la garantía que él haya dispuesto⁽²⁸⁾.

A nuestro juicio, aún reconociendo el valor del argumento indicado, debe no obstante observarse, al margen de que el art. 18 da pie en igual medida a una u otra de las interpretaciones apuntadas, que resulta un tanto forzado apreciar en la «petición» del acreedor, que en definitiva se dirige fundamentalmente a la sociedad, una naturaleza suficiente para iniciar un proceso contradictorio; a no ser que en el Estado en cuestión se haya previsto específicamente tal carácter, lo lógico es pensar que la actuación de sus tribunales no puede iniciarse más que por las reglas procesales concretas que la regulan, sobre todo cuando en el Convenio no se ha arbitrado, de forma clara, una regla particular sobre este punto.

Por último, se dispone, con una regla material, que el tribunal debe rechazar la «petición» (o «la demanda») cuando el acreedor cuente ya con una garantía «suficiente» o cuando una de las sociedades pruebe la «manifiesta solvencia de la absorbente. Será naturalmente el tribunal quien aprecie la existencia de estos dos conceptos determinantes de su decisión por medio de las alegaciones y pruebas de las partes, que, en lo que respecta a las sociedades, podrá ser cualquiera de ellas, o ambas, puesto que la disposición deja claro que la prueba de la solvencia (y en su caso, de que la garantía ya fue constituida, aunque se discuta su carácter suficiente) puede ser establecida por «una de las sociedades que se fusionan».

La protección a *posteriori* del acreedor es objeto del art. 19:

«1. Los acreedores no obligacionistas de la sociedad absorbida cuyo crédito sea anterior al cumplimiento de las formalidades de publicidad dispuestas en el artículo 27, podrán exigir, en los tres meses siguientes al cumplimiento de estas formalidades, la constitución de una garantía por la sociedad absorbente. No obstante, los acreedores que poseían el derecho de pedir una garantía a la sociedad absorbida, de conformidad con el artículo 18, no podrán prevalerse de las disposiciones del presente artículo.

2. A falta de acuerdo en los ocho días siguientes al de la recepción por la sociedad de la petición del acreedor, el tribunal puede ordenar la constitución de una garantía. A falta de que ésta se constituya por la sociedad en el mes siguiente a la decisión del tribunal, el crédito se convierte en inmediatamente exigible. El tribunal rechazará la petición si el acreedor dispone ya de una garantía suficiente o si se prueba que la sociedad absorbente es de manifiesta solvencia.

3. La sociedad será dispensada de constituir una garantía si la deuda, incluso no vencida, es reembolsada, ya sea antes de la decisión del tribunal, ya, a más tardar, en el plazo de un mes desde esta decisión.

4. La aplicación del presente artículo no puede, en ningún caso, detener los efectos de la fusión («porter atteinte aux effets de la fusion»).

Como puede observarse, la protección que dispensa el art. 19 se refiere a los acreedores cuyo crédito es anterior a las formalidades de publicidad indicadas, pero posterior al anuncio del proyecto de fusión, por imperativo de la segunda parte del primer párrafo. Por otro lado, la protección aquí organizada es, *mutatis mutandis*, la misma que en el caso precedente, por lo que debe entenderse aplicable lo allí dicho en relación con los problemas planteados. La diferencia substancial entre ambas disposi-

ciones radica, no obstante, en primer lugar, en el plazo más largo concedido para la exigencia de constitución de garantía, que se explica, y ésta sería la segunda diferencia, porque ese derecho, ni ningún otro, puede retrasar la consumación y efectos de la fusión. En tercer lugar, el art. 19 sólo dice, en materia de solvencia, o de suficiencia, de la garantía, que la petición será rechazada «si se prueba...» aquellos conceptos, sin especificar, como hace el anterior, quiénes pueden aportarla; sin embargo, como el procedimiento no puede esta vez detener la fusión, es lógico pensar que la sociedad absorbida puede ya haber desaparecido, con lo que sólo cabría la actuación de la sociedad absorbente; de todas formas, la fórmula empleada no excluye que, en caso contrario, pueda la sociedad absorbida presentar las pruebas fundamentadoras de su pretensión. Por último, debe observarse que, de todas estas disposiciones materiales, el párrafo 2.º declara la automática exigibilidad del crédito cuando la sociedad no ha constituido la garantía en el plazo de un mes a partir de la decisión del tribunal ordenándola. La regla resulta aplicable a las solas deudas a término. Si ésta fuera condicional, el acreedor no se vería privado del derecho a invocar el art. 19, pero la ausencia de constitución de la garantía por la sociedad no produciría la exigibilidad de la deuda; en este caso, el deudor favorecido por la decisión del tribunal, tendría que pedir su ejecución de acuerdo con las reglas procesales del foro⁽²⁹⁾.

El art. 20 previene la protección de los acreedores obligacionistas, mientras que el 21 faculta a los Estados, como última parte del compromiso en la organización de la normativa aplicable a estos temas, para formular determinadas declaraciones que exceptúan el régimen descrito.

Con el fin de no impedir la fusión de las sociedades cubiertas por el Convenio que podría originar los derechos de aquellos titulares de empréstitos de la sociedad y que constituyen siempre un elemento de importancia de su pasivo, el art. 20 dispone que,

«Sin perjuicio de las reglas relativas al ejercicio colectivo de sus derechos, serán aplicables con relación a los obligacionistas de la sociedad absorbida, los artículos 18 y 19, salvo si la fusión ha sido aprobada por una asamblea general de obligacionistas o, si la ley de la sociedad absorbida no conoce tal asamblea o no le concede competencia para aprobar la fusión, por los obligacionistas individualmente».

La exégesis de la disposición descubre los elementos y soluciones siguientes: en primer lugar, la ley aplicable a la sociedad tendrá que ser consultada al objeto de conocer, si es que lo previene, el ejercicio colectivo de los derechos de los obligacionistas, que, en tal caso, deberá ser respetada.

De no ser así, los acreedores podrán invocar el beneficio de los

artículos 18 y 19, siempre en la medida en que el Estado no haya hecho uso de la facultad del artículo siguiente, y si su ley no prevé que la fusión debe ser aprobada por una asamblea general de aquéllos. En este último caso, el o los acreedores que consientan en la fusión, perderán también su derecho a invocar aquellas disposiciones. Dicho de otro modo, *sólo* podrán beneficiarse de ellas los acreedores que no hayan aprobado la fusión, si la ley de la sociedad absorbida no conoce la institución de las asambleas generales de obligacionistas o, conociéndolas, no les concede competencia para aprobar la fusión.

Todo el régimen anterior queda supeditado al art. 21, por el cual,

«todo Estado contratante puede declarar:

- a) que sólo aplicará a los acreedores, obligacionistas o no, el artículo 19;
- b) que aplicará a los acreedores, obligacionistas o no, de la sociedad absorbente, cuando ésta se halle sometida a su legislación, las mismas disposiciones que a los acreedores de la sociedad absorbida».

Lo más importante del entramado de esta disposición es que el efecto de ambas declaraciones se produce sólo frente a los acreedores, sean o no obligacionistas (lo que significa que el Estado no puede declarar que a unos les aplicará el art. 19 y a otros éste y el anterior) de la sociedad regida por la ley del Estado que las formule. La regla b) del artículo es clara con respecto de la sociedad absorbente; la regla a) no lo dice, pero el art. 19, al cual se refiere la declaración, sólo concierne a los acreedores no obligacionistas de la sociedad absorbida; por otro lado, como ningún Estado podría inmiscuirse en el tratamiento de las relaciones entre los acreedores y una sociedad no sometida a sus leyes, es obvio que la declaración únicamente procede frente a los acreedores de la sociedad absorbida sujeta a sus leyes⁽³⁰⁾.

Las citadas declaraciones pueden formularse por el Estado desde el momento de la firma del Convenio, o, después, incluso tras su entrada en vigor. Las hechas hasta el momento del depósito de la ratificación por cada Estado, surten efecto con la entrada en vigor del Convenio, y, las posteriores a tal depósito, el primer día del tercer mes siguiente a la recepción de su notificación por el Secretario General del Consejo comunitario. De la misma forma, la retirada de las declaraciones puede efectuarse en cualquier instante, una de ellas o ambas. El efecto de la retirada comienza el primer día del tercer mes siguiente a la recepción de la notificación por el Secretario General. En tal caso, la retirada es definitiva, y la declaración no puede volver a formularse. De cualquier modo, tanto la formulación de las declaraciones como su retirada, no produce efecto alguno sobre las fusiones cuyo proyecto haya sido anteriormente publicado, de conformidad

con el art. 13. Todas estas reglas procesales forman el contenido del art. 65, añadiendo el siguiente en sus letras c y d la obligación del Secretario General de notificar a todos los Estados firmantes el contenido de las declaraciones o su retirada y la fecha en que comienzan sus efectos.

Por último el art. 22 declara la protección de las personas que aún no lo han sido, por medio de una regla de conflicto:

«Son aplicables las disposiciones de la ley de cada una de las sociedades que se fusionan, relativas a la protección de los accionistas poseedores de derechos especiales o de los portadores de títulos distintos de las acciones».

Aunque la disposición no lo diga, de la generalidad de sus términos puede deducirse su extensión a los obligacionistas, aunque, como éstos ya disponen de los derechos que posibilita el art. 20, la referencia a la ley de la sociedad que hace el art. 22 debe entenderse a las medidas protectoras que pudieran existir distintas de aquellos derechos.

5. *La cogestión.*

La sección 5 de este Capítulo II del Convenio deberá integrar en su día las disposiciones relativas a la cogestión, esto es, la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad, o en algunos de ellos, que desde luego puede quedar profundamente afectado por una medida de fusión con sociedades sujetas a otro derecho. Los expertos del Comité que elaboró el Convenio no llegaron a acuerdo alguno sobre el tratamiento a dar al problema, por lo que se dejó para debate y discusión de los Estados en el seno del Consejo. La delegación italiana es la que se opone radicalmente a que el problema de la cogestión se incluya en un convenio de los celebrados en virtud del art. 220 del Tratado de Roma, sosteniendo que la única solución es la de la coordinación de las legislaciones nacionales a través de las Directivas del Consejo comunitario. Por el contrario, Alemania, gran partidaria de la cogestión, ha defendido vivamente la inclusión de una normativa en el Convenio, tanto para evitar que la fusión internacional no se aproveche para burlar la cogestión de ciertas empresas, como porque permite una concentración internacional capaz de desarrollar en gran escala esta institución, que consideran un instrumento de progreso y paz social. Las demás delegaciones han estimado que el problema debe discutirse por los representantes de los Estados, reunidos «en el seno del Consejo».

Todas las vicisitudes, debates y propuestas formuladas, así como las soluciones conciliadoras y los textos de los artículos que se han ido elaborando para su estudio, conforman una documentación con la que se redactó un «Rapport especial sobre la cuestión de la cogestión», que figura como anexo 2 al «Rapport» general⁽³¹⁾.

6. *Control y publicidad de la fusión.*

El control de la fusión, así como su publicidad, constituye el contenido de las disposiciones de los arts. 23 a 28 del Convenio, que se agrupan en la sección 6.^a de este mismo Capítulo II.

a) El art. 23 contempla la institución del control preventivo de la fusión, de la forma siguiente:

«1. Si la ley de una de las sociedades que se fusionan prevé, para las fusiones, un control preventivo de la legalidad, judicial o administrativo, las disposiciones relativas a este control se aplicarán a esta sociedad, según la ley a la que se halla sujeta.

2. En el caso en que la ley no prevea un control preventivo, así como en aquellos en los que ese control no alcanza a todos los actos necesarios para la fusión, las actas («procès verbaux») de las asambleas generales que deciden la fusión, y llegado el caso, el contrato de fusión posterior a esas asambleas generales, se formalizarán por acta auténtica».

El texto de este artículo recoge el diferente tratamiento que del tema existe en los países contratantes. En Alemania, Francia e Italia, la fusión se somete a un control preventivo de legalidad, mientras que en Bélgica y Luxemburgo la decisión de las asambleas generales sobre la fusión debe reflejarse obligatoriamente en un documento público. En los Países Bajos existe un control administrativo en razón de la modificación de los estatutos originados por la fusión⁽³²⁾.

Consagrando esta dualidad de tratamiento, la disposición convencional remite, por una regla de conflicto, a la legislación de cada sociedad en materia de fusión en cuanto a la existencia, autoridad competente y procedimiento del control, y, por una disposición material, exige, a falta de control judicial o administrativo, el documento público tanto para las actas que recojan la decisión de fusión de las asambleas generales (que sería el caso de Bélgica y Luxemburgo) como para el contrato de fusión posterior (que sería el caso de Italia).

Ahora bien, el control preventivo, o el documento público, se refieren a la legalidad de los actos y formalidades de la fusión, por lo que podrá darse en ella una concurrencia de las medidas de control y de varias leyes o de estas con la intervención del funcionario autorizante del documento público (normalmente el notario). De ahí que haya sido necesario precisar el objeto de control y las formalidades equivalentes. Este es el contenido del art. 24.

b) El párrafo 1 del art. 24 dice así:

«Si el control mencionado en el artículo 23, párrafo 1, se

halla previsto para cada una de las sociedades que se fusionan, alcanzará únicamente:

a) para cada sociedad, a los actos y formalidades que les incumban y a la ausencia de una decisión judicial de aplazamiento adoptada en virtud del artículo 18;

b) además, para la sociedad absorbente, al proyecto de fusión en el sentido del artículo 7».

De esta forma, el control previsto se referirá, para cada sociedad, a los actos que preceptivamente debe realizar tendentes a la fusión, esto es, el informe de los órganos sociales, el de los expertos, la publicidad del anuncio del proyecto de fusión, de este mismo proyecto y el derecho de los accionistas a conocerlo, así como sus anexos, lo relativo a las asambleas generales que prescriben los arts. 16 y 17 y a la inexistencia de la decisión judicial sobre el aplazamiento de la fusión, de la que habla el art. 18, referida tanto a una como a otra, o las otras, de las sociedades fusionantes.

En virtud del párrafo 2 de este artículo,

«Si el control no se halla previsto para cada una de las sociedades que se fusionan, alcanzará únicamente a los actos y formalidades que incumben a la sociedad sometida (a las sociedades sometidas) al control y a la ausencia de una decisión judicial de aplazamiento adoptada en virtud del artículo 18. Para la otra sociedad (las otras sociedades) el notario deberá comprobar y dar fe únicamente:

—de la existencia y legalidad de los actos y formalidades que incumben a la sociedad para la que documenta y del proyecto de fusión en el sentido del artículo 7;

—de la ausencia de una decisión judicial de aplazamiento adoptada en virtud del artículo 18⁽³³⁾».

En este segundo conjunto de disposiciones se previene el caso de una fusión entre sociedades, de la que alguna se halla sujeta a la ley de un Estado que conoce el control preventivo y la otra, u otras, a la de Estados con sistema distinto (por ejemplo, la fusión entre una sociedad belga y otra alemana). En tal supuesto, es necesaria la intervención de notario para la sociedad no sujeta al control. La primera tendrá que soportar las medidas fiscalizadoras anteriormente indicadas; la segunda, en la práctica, sufrirá medidas equivalentes, puesto que el notario tendrá que verificar que se han realizado todos los actos y formalidades que incumben a la sociedad y que no se ha dictado decisión judicial de aplazamiento (aquí el notario tendrá que comprobar que la decisión no existe para ninguna de las decisiones), de cuya existencia y legalidad, así como de la del proyecto de fusión, tendrá que dar fe.

Por último, el párrafo 3 previene que,

«Si la ley de una de las sociedades que se fusionan prescribe la celebración de un contrato de fusión después de la aprobación de la fusión por las sociedades en cuestión, el control, o, si llegara el caso, la comprobación del notario prevista en el párrafo anterior, alcanzará únicamente:

- a) para la sociedad cuya ley exige este contrato, a los actos y formalidades que incumben a esta sociedad;
- b) para la otra sociedad, a los actos y formalidades que le incumben, y, además, si la ley a que se halla sujeta prevé un control posterior al contrato de fusión, a este contrato;
- c) para cada sociedad, a la ausencia de una decisión judicial de aplazamiento adoptada en virtud del artículo 18.

En el caso previsto en el presente párrafo, el control o la comprobación del proyecto de fusión en el sentido del artículo 7 se hará en el Estado en el que las formalidades de control o de comprobación se realicen en primer lugar».

Tenemos ahora el supuesto de que la ley de una de las sociedades que piensan fusionarse exige la celebración de un contrato de fusión, posterior a la aprobación de ésta (por ejemplo, una fusión con una sociedad italiana). De nuevo, tanto el control como la actuación del notario se desarrollará como en los casos anteriores para cada una de las sociedades afectadas. Este control, o esta actuación notarial en orden al proyecto de fusión se realizará en el Estado en el que, *prior in temporis*, se efectúen las formalidades de fiscalización o de comprobación, orden cronológico que se halla determinado en el artículo siguiente⁽³⁴⁾.

c) El art. 25 establece el orden de realización de las operaciones de control y actuación notarial:

«1. Cuando se requiera un control, a la vez para la sociedad absorbente y para la absorbida, se procederá a él, primero para la sociedad absorbente, sin que pueda intervenir el control requerido para la sociedad absorbida más que cuando quede probado que las formalidades de control exigidas para la sociedad absorbente han sido cumplidas».

La disposición, que es perfectamente clara, se explica por el deseo de no originar la desaparición de la sociedad absorbida, que ocurre por efecto de la fusión, en tanto en cuanto no se hayan efectuado y controlado las operaciones que incumben a la sociedad absorbente.

Al igual que en el caso anterior, el que se contempla en el segundo párrafo del art. 25 coincide con el correspondiente del art. 24:

«2. Cuando el control se requiera, sea para la sociedad absorbida sea para la absorbente, sólo podrá efectuarse cuando se justifique el acto auténtico que da constancia de la resolución de la asamblea general de la otra sociedad aprobando la fusión».

Estamos así ante el caso de control para una sola de las sociedades, y, en consecuencia, de comprobación notarial para la otra. En él, el control, cualquiera que sea la sociedad sobre la que recaiga, no podrá realizarse más que tras la presentación del documento auténtico que da fe de la decisión aprobatoria de la fusión por parte de la asamblea general de la sociedad no sometida al control. Así, el notario no tendrá que comprobar la constitución de las formalidades judiciales o administrativas de un país distinto, pero las autoridades competentes en éste sí que deberán reclamar la presentación del documento auténtico otorgado en el primer país.

Finalmente, en virtud del párrafo 3.º de este artículo,

«Las disposiciones del párrafo 1 no serán aplicables en el supuesto en el que la ley de la sociedad absorbida prescriba la celebración de un contrato de fusión después de la aprobación de ésta por las sociedades en cuestión y en el que la ley de la sociedad absorbente exige un control de la fusión, posterior a la celebración de dicho contrato».

El supuesto recuerda ahora al tercero del artículo anterior. En efecto, se contempla aquí la exigencia, por la ley de la sociedad absorbida, de la celebración del contrato de fusión (en consecuencia por las dos sociedades) mientras que la ley de la sociedad absorbente impone el control posterior a la celebración de tal contrato (caso de la absorción de una sociedad italiana por otra alemana). De darse esta situación, el párrafo 1 de este artículo no podrá funcionar, porque de otra manera no se respetaría lo que previene la ley de la sociedad absorbente, ya que ésta requiere el control del contrato posterior que ordena la ley de la sociedad absorbida, pero que en todo caso se celebra luego de que se constituyan las formalidades de control previstas en esta última ley. Por el contrario, cuando la sociedad absorbida sea alemana y la absorbente italiana, no será necesario descartar la aplicación del párrafo 1, puesto que el control a realizar sobre la primera sólo se efectuará en segundo lugar, con lo que alcanzará también al contrato de fusión posterior a ésta, que es lo que exige la ley alemana.

Debe observarse, por otra parte, tal como previene el Rapport, que el art. 25 no define modo de prueba particular de las formalidades de control o de comprobación, por lo que la cuestión tendrá que resolverse por aplicación de las reglas de Derecho Internacional Privado del país en donde deba aportarse⁽³⁵⁾.

d) El art. 26 contiene la determinación de la fecha de producción de efectos de la fusión, esto es, dicho de otro modo, la fecha en que deberá producirse la transmisión universal del patrimonio de la empresa absorbida a la absorbente. Como esta fecha debe ser única para las sociedades fusionantes, el Convenio ha utilizado aquí dos reglas materiales al efecto. Ahora bien, si la fusión comenzara cuando se hayan acabado todos los actos que para ella se requieren, ya hemos visto los diferentes casos y las distintas formalidades que deben cumplirse según los supuestos. De ahí que el art. 26 contemple una fecha distinta, o más exactamente, una distinta forma de fijar la fecha, en función de los actos y formalidades a cumplir por las sociedades en cuestión.

El párrafo 1 prevé varias situaciones:

«Cuando la celebración de un contrato de fusión no se halla prescrita por la ley de una de las sociedades que se fusionan, o cuando el contrato de fusión prescrito por una de estas leyes ha sido celebrado antes de que las asambleas generales hayan deliberado, la fusión toma efecto en una de las fechas a continuación:

a) en la fecha del acto jurídico que da constancia de la resolución de la asamblea general, ya sea de la sociedad absorbida, ya de la absorbente, que aprueba la fusión en último lugar, si ninguna de estas sociedades se halla sujeta a un control;

b) en la fecha de cumplimiento, sobre la sociedad absorbida, de las formalidades de control cuando éste se requiere tanto para la sociedad absorbente como para la absorbida;

c) en la fecha de cumplimiento de las formalidades de control, ya sea sobre la sociedad absorbida, ya sobre la absorbente, cuando tal control sólo se requiere para una de estas sociedades».

Este primer párrafo excluye, como puede observarse, todos los casos de fusión en la que el contrato, de ser previsto por una de las leyes de las sociedades fusionantes, se celebra tras las deliberaciones de sus asambleas generales. Serían las hipótesis de fusión con sociedad italiana; podrían ser también con la alemana, cuando el contrato de fusión se celebrara en aquellas condiciones.

En todos los demás casos, la fecha de producción de efectos sería, de darse la situación a), la del documento público que da fe de la decisión de la asamblea general dada en último lugar, puesto que tras ella ya nada queda por realizar; este es el caso en el que el Convenio no fija un orden cronológico para las operaciones de fusión, de ahí que nada importe el que

la última decisión sea de la sociedad absorbente o de la absorbida (fusión de sociedades belgas y luxemburguesas). Si se produce la situación b), que es el caso contrario del anterior, los efectos se producirán a partir del cumplimiento de las formalidades de control sobre la sociedad absorbida, porque es el que tiene que realizarse en último lugar. Sería el caso de fusión con sociedades alemanas, cuando el contrato se celebre antes de las asambleas generales, y con sociedades francesas. Cuando se produce la situación c), esto es, el caso de fusión entre sociedad alemana, en el mismo supuesto anterior, o francesa, con belga o luxemburguesa, la fecha de iniciación de efectos es la del cumplimiento del control sobre cualquiera de las sociedades, absorbente o absorbida, porque sólo puede practicarse con posterioridad a la justificación, por documento auténtico, de la resolución aprobatoria de la fusión, emitida por la asamblea general de la otra sociedad.

Por el 2.º párrafo del art. 26,

«Cuando el contrato de fusión prescrito por la ley de una de las sociedades fusionantes se ha celebrado después de la aprobación de la fusión por aquéllas, la fusión toma efecto en la fecha de celebración de dicho contrato; no obstante, si la fusión requiere un control sobre una de las sociedades fusionantes y si éste se efectúa sólo después de la celebración del contrato de fusión, esta fusión toma efecto solamente en la fecha de cumplimiento de las formalidades de control sobre la sociedad absorbida, o, si no se requiere control alguno sobre ella, en la fecha de cumplimiento de las formalidades de control sobre la sociedad absorbente».

La disposición recoge lo que excluía la primera; la celebración *a posteriori* del contrato de fusión. Ya se ordene por la ley aplicable a cualquiera de las sociedades fusionantes, como la ley italiana, ya se permita por una de ellas, como la ley alemana, la fecha de producción de efectos de la fusión es la de la celebración del contrato que, precisamente, es el último acto para ella. Pero si una de las leyes de las sociedades que van a fusionarse establece un control posterior al contrato, como lo hace la ley alemana, la fusión inicia sus efectos en la fecha del cumplimiento de las formalidades de dicho control, ya sea la sociedad absorbente o la absorbida, porque la última formalidad de control es el último acto necesario para que se produzca la fusión.

e) La publicidad de la que habla el art. 19 en el caso de la sociedad absorbida, y, eventualmente, para la sociedad absorbente por el juego del art. 21 21, b se determina, en cuanto a sus modalidades, por la regla de conflicto del párrafo 1 del art. 27, a cuyo tenor,

«Las modalidades de la publicidad de la fusión se determi-

narán para cada una de las sociedades fusionantes por la ley que le es aplicable».

La disposición conflictual se explica por el hecho de que la Directiva de 9 de Marzo de 1.968, como ya hemos indicado, coordina las modalidades de la publicidad de constitución y disolución de sociedades anónimas, las de modificación de sus estatutos y las condiciones de oponibilidad a terceros de los actos e indicaciones sujetas a publicidad. Por su lado, el proyecto de Directiva sobre las fusiones internas reenvía a la anterior en cuanto a las modalidades de publicidad de la fusión. De ello se desprende que este conjunto de medidas será prácticamente uniforme en los Estados contratantes, a no ser que estos legislen específicamente para la fusión internacional modalidades distintas, lo que es poco verosímil. Así que la remisión hecha por el Convenio a los derechos internos se justifica sobradamente.

Por el contrario, los dos párrafos restantes del art. 27 regulan directamente dos aspectos importantes:

«2. Además de las indicaciones prescritas, para cada una de las sociedades, por la ley que les sea aplicable, la publicidad mencionará el lugar y la fecha en que se han efectuado las formalidades de publicidad previstas en los artículos 13 y 14».

3. La sociedad absorbente puede cumplimentar por sí misma las modalidades de publicidad relativas a la sociedad absorbida».

De esta forma, cualquier interesado podrá conocer, muy particularmente, no sólo el anuncio del proyecto de fusión y este mismo documento, sino los importantes anexos que le acompañan, concretamente los del art. 9, a, b y c, es decir, los estatutos de las sociedades actualizados, los balances, cuentas de pérdidas y ganancias, los informes anuales de los tres últimos ejercicios y la situación contable, igualmente actualizada. Por otro lado, se impide el que los órganos competentes de la sociedad absorbida, que va a desaparecer sin liquidación, olviden maliciosamente el proceder al cumplimiento de las modalidades de publicidad que les incumben.

f) Por último, el art. 28, por medio de una regla de conflicto, establece la oponibilidad de la fusión frente a terceros:

«A reserva de la aplicación del artículo 31, la fusión es oponible a terceros en las condiciones previstas por las disposiciones de la ley de cada una de las sociedades, relativas a la oponibilidad a terceros de las fusiones, o, en su defecto, de las modificaciones de los estatutos».

Explica el «Rapport» de Goldman que la adopción de una regla de

conflicto, y no de una material que hubiera fijado uniformemente la fecha de la oponibilidad, se debe a los graves inconvenientes que hubiera originado esta última solución por las dificultades que tendrían los terceros de saber con seguridad si la publicidad de la que tienen noticia es o no la última practicada, mientras que la dualidad de fechas que provoca la disposición anterior no presenta inconvenientes estimables.

Las condiciones a que ella se refiere comprenden, naturalmente, la facultad para la sociedad de probar que los terceros conocían la fusión no publicada, el plazo de gracia que podría concederse, tras la publicación, a quienes prueben que se vieron en la imposibilidad de conocerla y, en fin, el derecho de los terceros de oponerse a la fusión no publicada, todo ello según lo prevenido en la ley aplicable a la sociedad, para lo que deberá tomarse en cuenta lo dispuesto en la Directiva de 9 de Marzo de 1.968 y, llegado el caso, de la relativa a las fusiones internas⁽³⁶⁾.

7. Efectos de la fusión.

Los efectos generales de la fusión quedan delimitados en la sección 7 del Capítulo segundo, compuesta de cuatro artículos. El principio se declara en el primero de ellos, el 29; los restantes abordan cuestiones particulares.

a) El principio de la transmisión universal del patrimonio de una sociedad a otra queda proclamado en el art. 29 de la siguiente forma:

«A reserva de las disposiciones del artículo 31, la fusión conlleva de pleno derecho la transmisión universal, tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente como frente a terceros del conjunto del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente».

Es sin duda este el efecto fundamental de la fusión de sociedades. Los accionistas de la sociedad absorbida participarán en la absorbente, en los términos y en la medida que se haya acordado, a cambio de la transmisión universal del patrimonio de la primera a favor de la segunda⁽³⁷⁾. Es también ésta la regla general con la que el art. 4 del Convenio define la fusión y determina sus efectos. Considerado como una universalidad jurídica, el patrimonio se transmite por el sólo acto y efecto de la fusión, incluido el pasivo, sin consentimiento de los acreedores, tal como ya habíamos señalado, y de pleno derecho, es decir, sin necesidad de acto jurídico posterior alguno. La fusión de los patrimonios se opera frente a todos y sus efectos son oponibles a los terceros desde el momento en que se formalicen las exigencias de publicidad que ya conocemos.

b) Ahora bien, como la transmisión del activo y del pasivo de una sociedad a otra, con desaparición de la que resultaba absorbida, conlleva la aparición de la absorbente como parte en los contratos suscritos por la pri-

mera, pueden plantearse delicados problemas en aquellos cuya ejecución resulta particularmente difícil o muy onerosa o en los que fueron celebrados *intuitu personae*. Dada la ausencia de normativa interna en los Estados contratantes sobre este problema, que tendrán que aplicar los principios del derecho común respectivo, los redactores del Convenio estimaron poco oportuno el incluirlos en él, precisando que la solución tendría que ser encontrada, como hasta ahora, en la ley aplicable según el Derecho Internacional Privado del foro⁽³⁸⁾.

Pero uno de los contratos que podrían quedar más afectados por la fusión es, sin duda, el contrato de trabajo. A él, y a otras medidas sociales o de protección particular de los asalariados, se dirige el art. 30. Se contempla, en primer lugar, el contrato de trabajo, en la primera disposición del párrafo 1 de este artículo:

«Los contratos de trabajo celebrados por la sociedad absorbida se transmiten de pleno derecho a la sociedad absorbente».

Declarado este principio general de carácter social, el art. 30 no ha querido regular, sin embargo, otras muchas cuestiones que plantea la transmisión de un contrato de trabajo, en particular los efectos sobre la ley que lo regula. La cuestión escapaba, evidentemente, de los objetivos y límites asignados a este Convenio; así que será el Derecho Internacional Privado del foro el que continuará regulando el tratamiento de las obligaciones que de él dimanen. Pero, al margen de este problema, otras situaciones de especial importancia pueden quedar modificadas, para el asalariado, por los efectos de la desaparición de la empresa en donde prestaba sus servicios. La mayoría de estas situaciones han sido reguladas por el art. 30. Así, el resto de su párrafo 1.º dice:

«En sus relaciones con la sociedad absorbente, el asalariado conserva la antigüedad adquirida al servicio de la sociedad absorbida; los efectos jurídicos de esta antigüedad se determinan por el contrato de trabajo y por la ley aplicable a este contrato».

La antigüedad en el trabajo, como se sabe, tiene unas consecuencias para el trabajador de nada desdeñable importancia, que van desde la posibilidad del incremento de su sueldo hasta la indemnización a percibir en caso de rescisión del contrato. La disposición, haciéndose eco de esta importancia, declara la permanencia de la antigüedad y se remite al propio contrato, si éste lo ha previsto, y a la ley que lo regula, bien para el caso contrario, bien para colmar sus lagunas, en la regulación de todos aquellos aspectos.

Una de las repercusiones socialmente más graves de la fusión, sobre todo de la de naturaleza internacional, es el desplazamiento que puede

conflicto, y no de una material que hubiera fijado uniformemente la fecha de la oponibilidad, se debe a los graves inconvenientes que hubiera originado esta última solución por las dificultades que tendrían los terceros de saber con seguridad si la publicidad de la que tienen noticia es o no la última practicada, mientras que la dualidad de fechas que provoca la disposición anterior no presenta inconvenientes estimables.

Las condiciones a que ella se refiere comprenden, naturalmente, la facultad para la sociedad de probar que los terceros conocían la fusión no publicada, el plazo de gracia que podría concederse, tras la publicación, a quienes prueben que se vieron en la imposibilidad de conocerla y, en fin, el derecho de los terceros de oponerse a la fusión no publicada, todo ello según lo prevenido en la ley aplicable a la sociedad, para lo que deberá tomarse en cuenta lo dispuesto en la Directiva de 9 de Marzo de 1.968 y, llegado el caso, de la relativa a las fusiones internas⁽³⁶⁾.

7. *Efectos de la fusión.*

Los efectos generales de la fusión quedan delimitados en la sección 7 del Capítulo segundo, compuesta de cuatro artículos. El principio se declara en el primero de ellos, el 29; los restantes abordan cuestiones particulares.

a) El principio de la transmisión universal del patrimonio de una sociedad a otra queda proclamado en el art. 29 de la siguiente forma:

«A reserva de las disposiciones del artículo 31, la fusión conlleva de pleno derecho la transmisión universal, tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente como frente a terceros del conjunto del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente».

Es sin duda este el efecto fundamental de la fusión de sociedades. Los accionistas de la sociedad absorbida participarán en la absorbente, en los términos y en la medida que se haya acordado, a cambio de la transmisión universal del patrimonio de la primera a favor de la segunda⁽³⁷⁾. Es también ésta la regla general con la que el art. 4 del Convenio define la fusión y determina sus efectos. Considerado como una universalidad jurídica, el patrimonio se transmite por el sólo acto y efecto de la fusión, incluido el pasivo, sin consentimiento de los acreedores, tal como ya habíamos señalado, y de pleno derecho, es decir, sin necesidad de acto jurídico posterior alguno. La fusión de los patrimonios se opera frente a todos y sus efectos son oponibles a los terceros desde el momento en que se formalicen las exigencias de publicidad que ya conocemos.

b) Ahora bien, como la transmisión del activo y del pasivo de una sociedad a otra, con desaparición de la que resultaba absorbida, conlleva la aparición de la absorbente como parte en los contratos suscritos por la pri-

párrafo 2 recobra su vigencia, por disposición del 4 de este artículo:

«El párrafo 2 es igualmente aplicable cuando la fusión origina otra modificación substancial del contrato de trabajo».

Nada dice esta regla sobre cuáles pudieran ser estas modificaciones (cambio de actividad del trabajador, reducción de su sueldo o aumento de su jornada de trabajo, etc.). Habrá que remitirse, pues, de nuevo, a la ley aplicable al contrato para calificar de substanciales las modificaciones que puedan producirse.

Debe advertirse que, aceptado el principio por todos, el texto del art. 31 no ha satisfecho a ciertos países, que se oponen a su inclusión, tal cual, en el Convenio. Y ello, precisamente (este es el caso de Bélgica y Luxemburgo) porque han estimado insuficiente la protección de los trabajadores que él arbitra, postulando una normatividad más amplia. A este propósito, la Comisión comunitaria ha ordenado ya la iniciación de los trabajos y estudios oportunos sobre la materia, de lo que se han hecho eco los Estados, por medio de la Declaración n.º 1 aneja al Convenio, en la que se manifiestan satisfechos de la decisión de la Comisión de constituir un grupo de trabajo encargado del estudio de las cuestiones que plantean en materia de protección de los trabajadores, «las operaciones internacionales de concentración, con el objeto de elaborar un instrumento jurídico destinado a regular tales cuestiones». A su vez, el texto de esta Declaración común ha encontrado la oposición de Alemania y los Países Bajos⁽⁴⁰⁾.

c) Una nueva disposición perfiladora del principio de la transmisión universal es la contenida en el art. 31. Se dice en su párrafo 1 que

«Si la ley aplicable a ciertos bienes aportados por la sociedad absorbida requiere, en caso de fusión, formalidades particulares para la oponibilidad de su transmisión a terceros, estas formalidades serán cumplidas, y sus efectos y sus sanciones serán determinados por la ley».

Queda claro que la exigencia de las formalidades que prevea la ley del Estado en cuestión sólo puede referirse a la oponibilidad de la transmisión de ciertos bienes, lo que nada afecta al hecho mismo de la transmisión, tal como se contempla en el art. 29, del conjunto del patrimonio, en el que se incluyen, por supuesto, esos bienes. Por otro lado, la regla de conflicto del art. 31 ha renunciado a enumerar los bienes de los que habla (inmuebles, arrendamientos, derechos de propiedad industrial) dejando esa misión a la ley que los regula, por la razón de que, al igual que en el caso de las formalidades, de sus efectos y sanciones, los derechos de los Estados contiene matizaciones muy variadas.

Para evitar, por otro lado, que la negligencia o la malicia de los órganos gestores de la sociedad absorbida pueda afectar el principio de la oponibilidad a terceros de los bienes en cuestión, el párrafo 2 de este artículo dispone que

«La sociedad absorbente puede cumplimentar por sí misma estas formalidades».

d) En fin, por una regla de conflicto, el art. 32 regula la distribución de las acciones y, si llegara el caso, de la compensación pertinente:

«El reparto de las acciones de la sociedad absorbente y de los certificados emitidos en representación de estas acciones, así como, llegado el caso, de la compensación, se practicará de conformidad con la ley aplicable a la sociedad absorbida en caso de fusión, o siguiendo las disposiciones del proyecto de fusión en la medida en que sean compatibles con dicha ley».

8. Responsabilidad y nulidad.

Como en cualquier institución jurídica, la consumación de una fusión internacional requiere la realización de un conjunto de actos jurídicos cuyo determinado grado de importancia hemos ido viendo en páginas anteriores. Estos actos pueden formalizarse correctamente, lo que sería lo normal, o de forma irregular, esto es, en general, afectados por algún vicio. De la importancia del acto en cuestión, o de la gravedad del vicio o irregularidad, depende, en muchas ocasiones, la naturaleza de la sanción que debe acompañarle. Esta puede hacer surgir a cargo del autor una responsabilidad o puede declarar la nulidad del acto; en este último caso, que es la sanción más grave, los resultados pueden ser irreversibles. De ahí que, en materia de fusión internacional de sociedades, que pone en juego un muy importante complejo de intereses y que afecta a un elevado número de personas, la dosificación de las sanciones—responsabilidad o nulidad—deba contar con una normativa clara que delimite perfectamente aquellos supuestos en donde quepa una u otra. En el marco del Mercado común, una medida de nulidad en el tema de las sociedades puede revestir una importancia de primer orden. En este sentido, el Consejo comunitario había procedido ya a coordinar sus causas y efectos en la Directiva de 9 de Marzo de 1.968 por medio de la adopción de medidas referentes a los actos de constitución o de modificación de las sociedades, o de sus estatutos. Estas medidas deben ser tomadas por los Estados pero la Directiva señala los límites en los que éstos deben moverse indicando las causas de nulidad (art. 11) el procedimiento a seguir, y sus efectos. Por otro lado, también el proyecto de Directiva sobre la fusión interna contiene normas sobre la responsabilidad civil y sobre la nulidad (art. 16 y 17, y 9 y 18 respectivamente) que, junto con las anteriores, han sido tomadas en cuenta por los redactores del Convenio en el momento de elaborar sus propias reglas. Estas constituyen el objeto de la sección 8 del Título II, que comprende ocho artículos. La normatividad resultante es la combinación de reglas de conflicto con otras directas y materiales.

a) La responsabilidad civil de los órganos sociales se contempla en el primer artículo de esta sección, el 33:

«Las responsabilidades que puedan originarse por el hecho de la realización de las operaciones de fusión, serán reguladas, para cada una de las sociedades fusionantes, por la ley que les sea aplicable en caso de fusión».

En pura técnica conflictual, el art. 33 remite el tratamiento global de la responsabilidad que pudiera originarse en relación con el cumplimiento de los actos que conforman las operaciones de fusión, a las disposiciones internas del derecho sobre fusiones que resulta aplicable a cada sociedad. Naturalmente, los problemas que sin duda surgirán de la dualidad de legislaciones aplicables, sobre todo en la determinación de los litigios sobre responsabilidad en una sociedad como en la otra, tendrán que ser resueltos por el sistema de reglas de conflicto del foro.

b) Los siguientes artículos de esta sección distinguen entre nulidad de los actos u operaciones de la fusión, de la que se ocupa el primero de ellos, y nulidad de la fusión propiamente dicha. Las veremos sucesivamente.

Según el art. 34,

«Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 35, las condiciones y los efectos de la nulidad de los actos que concurren en la fusión, se regula, para cada una de las sociedades fusionantes, por la ley que les sea aplicable en caso de fusión».

Con otra norma de conflicto, el Convenio provee a la *nulidad de todos los actos encaminados a realizar la fusión* , a las condiciones y a sus efectos, señalando la competencia de la ley que resulte aplicable a cada sociedad para los actos por ella realizados. La amplitud de la fórmula empleada hace entrar en ella al conjunto de actos que hemos ido viendo, sean preparatorios o decisivos. Por otra parte, la nulidad declarada por una ley es, por sí misma, suficiente para impedir la fusión. Si el acto es unitario, por ejemplo el contrato de fusión, el juez competente podría declarar la nulidad de acuerdo con la ley que, para cada sociedad, resultara aplicable por el juego de las reglas de conflicto de foro. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 35, que es el primero en contemplar la *nulidad de la propia fusión* .

Así,

«Después de la fecha fijada en el artículo 26, la nulidad de la fusión ya no puede declararse («constatée») ni es pronunciada más que por falta de control judicial o administrativo o ausencia de acto auténtico. No obstante, si en uno de estos casos la ley de la sociedad absorbente excluye la nulidad de la

fusión o la subordina a condiciones particulares, esta ley es aplicable».

Como puede observarse, el art. 35 produce un efecto restrictivo de las causas de nulidad de la fusión, puesto que, después de la fecha de comienzo de sus efectos (art. 26), sólo dos de aquéllas pueden, en principio, ser apreciadas: la falta de control o de documento público. Pero aún más allá de la irregularidad de estos actos, la disposición utiliza una regla de conflicto que pudiera subsanar la nulidad de principio: la falta de control o de acto auténtico no puede provocarla si la ley de la sociedad absorbente, que sin duda puede ser la más afectada y la que corre mayores riesgos, no sanciona tales ausencias con tal efecto o si no los considera suficientes, por sí solos, sin el concurso de otras condiciones, para provocarla. La disposición no sólo impide el pronunciamiento de la nulidad, sino también el hecho de que pueda ser declarada cuando proviene directamente de la ley⁽⁴¹⁾.

Y esto no es todo. Aún dándose las previsiones que en el art. 35 llegarían a dar pie para la apreciación de nulidad, ésta puede evitarse si, en tiempo útil, se subsana la causa que la origina: es el art. 37, por el cual,

«La nulidad de la fusión prevista en el artículo 35 no puede ya ser declarada («constatée») ni pronunciada cuando es todavía posible eliminar la causa y que la regularización se produce en el plazo fijado por el tribunal».

En definitiva, cuando el tribunal debe entender de una pretensión de nulidad conforme al Convenio, tendrá que conceder, antes de apreciarla, un plazo, que él mismo fijará, para que se intente regularizar el acto, o más exactamente, para subsanar la causa. Pasado el plazo, el tribunal no tiene más alternativa que hacer constar la nulidad o pronunciarla, según los casos,

En esta línea de delimitación estricta de la nulidad, el art. 38 adopta otra regla material de procedimiento con el fin de prevenir que la amenaza de la pretensión de nulidad penda constantemente sobre la fusión ya consumada. Así, en su virtud,

«La acción de nulidad no podrá ser ya intentada después de la expiración de un plazo de seis meses a contar desde la fecha en que la fusión resulta oponible a quien invoca la nulidad».

El comienzo del plazo variará, por el juego del art. 28, que declara la competencia de la ley de cada una de las sociedades para decidir en qué condiciones puede oponerse la fusión a terceros, según la causa que se alega para fundamentar la nulidad.

Si de todas formas ésta se produjera, habrá que hacerla conocer a to-

do interesado, arbitrar los medios para ello y regular sus efectos, impartiendo un plazo para que resulte inatacable por terceros. Es lo que disponen los tres párrafos del art. 39:

«1. La decisión que declara («constatant») o que pronuncia la nulidad de la fusión será publicada en los Estados en donde se encontraba la sede social de las sociedades fusionadas.

2. Las modalidades y los efectos de esta publicidad serán regidos por las disposiciones de la ley de cada una de las sociedades, relativas a la oponibilidad a terceros de las modificaciones de los estatutos.

3. La oposición de terceros, cuando la ley del Estado en donde se ha dictado la decisión la provea, no será ya admisible después de la expiración de un plazo de seis meses a contar desde el cumplimiento de las formalidades de publicidad previstas en los párrafos precedentes».

Pero la fusión puede haber producido efectos más o menos amplios, en particular, determinadas obligaciones a cargo de la sociedad absorbente. Para proteger a los terceros, es necesario garantizar esas eventuales obligaciones. En este sentido, el art. 40 establece que

«1. La decisión que declara o que pronuncia la nulidad de la fusión no menoscaba, por sí misma, la validez de los compromisos adoptados por la sociedad absorbente, o de los contraídos a su favor, con anterioridad a la publicidad establecida en el artículo 39.

2. Las sociedades que han participado en la fusión responden solidariamente de los compromisos de la sociedad absorbente señalados en el párrafo precedente».

Aclara el «Rapport» que, por «compromisos», debe entenderse todo tipo de obligaciones, cualquiera que sea su fuente, nacidas después de la fecha en que la fusión comienza a producir efectos, fijada en el art. 26, incluidas las que pudieran surgir entre esta fecha y la de oponibilidad de la fusión a los acreedores (art. 28), al menos si, según la ley aplicable, los terceros pueden prevalecerse de la fusión antes de que ella les sea oponible⁽⁴²⁾. El segundo párrafo, que refuerza la protección de los acreedores, sólo podría jugar, como es lógico, en el supuesto de que la sociedad absorbente no fuera disuelta y liquidada por efecto de la nulidad de la fusión porque, de otro modo, el patrimonio fusionado respondería de aquellas obligaciones. Unicamente si las sociedades que se habían fusionado, tras la nulidad de ésta, alcanzan a reconstituirse, podrán responder solidariamente de los compromisos señalados.

c) Regulada por una regla de conflicto la eventual responsabilidad de los órganos sociales (art. 33), y que juega con independencia de una posible declaración de nulidad, la ley que resulta aplicable podría prever, junto o fuera de la misma responsabilidad, medidas de sanción o de reparación de un tipo distinto, de naturaleza civil, como por ejemplo, una modificación de la relación de cambio de las acciones o la readquisición obligatoria, por parte de la mayoría, de las acciones de la minoría. La oportunidad de estas medidas se halla reconocida en el art. 36 del Convenio, cuando dice:

«Las sanciones civiles, distintas a la nulidad de la fusión que puedan originarse cuando ésta no puede declararse ni pronunciarse por aplicación del presente convenio, serán determinadas por la ley aplicable a la sociedad absorbente en caso de fusión. No obstante, cuando la acción en demanda de tales sanciones es intentada por los accionistas, los acreedores o los contratantes de la sociedad absorbida, estas sanciones se determinarán por la ley de la sociedad absorbida aplicable en caso de fusión».

Tenemos en la disposición, como elementos, los siguientes: por una parte, se trata de medidas sancionadoras civiles distintas de la nulidad de la fusión, pero que deben jugar cuando ésta ya no es posible⁽⁴³⁾; por otra, su determinación es de la competencia de la ley aplicable a la sociedad absorbente relativa a la fusión (es decir, las disposiciones internas que, sobre este punto, se hayan implantado en el Estado) porque, precisamente por el hecho de que la nulidad ya no puede darse, será la sociedad absorbente la que queda y la única a la que podrían aplicarse aquellas medidas; ahora bien, los accionistas, los acreedores o cocontratantes de la sociedad absorbida no tienen porqué prever ni contar con la protección de otra ley fuera de la que ha sido la reguladora de la sociedad. De ahí que se reserve el derecho de estas personas a pedir que las sanciones indicadas se aprecien de conformidad con la ley en la que legítimamente han confiado.

IV. *Fusión por constitución de una nueva sociedad.*

Esta segunda modalidad de fusión internacional de sociedades se contempla en el Capítulo III del Convenio, dividido en tres secciones respectivamente dedicadas a la definición, a las disposiciones del Capítulo II que resultan aplicables a esta segunda modalidad de fusión y a ciertas reglas particulares.

1. *Definición de la fusión por constitución de una nueva sociedad.*

Es la misma que se contiene en el art. 4 para la fusión por absorción,

con la diferencia lógica de que, ahora, son las al menos dos sociedades las que transfieren su patrimonio a la nueva sociedad por ellas constituida. También es prácticamente idéntica esta definición a la que se contiene, para la misma modalidad, en el proyecto de Directiva sobre la fusión interna (art. 2, párr. 3). Por ello, basta con transcribir el texto del art. 41 del Convenio, que es el que la contiene, reenviando para su análisis al ya hecho al art. 4:

«La fusión por constitución de una nueva sociedad es la operación por la cual varias sociedades transfieren a una sociedad que ellas constituyen, por causa de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio activo y pasivo mediando la atribución, a sus accionistas, de acciones de la nueva sociedad, y, eventualmente, de una compensación en efectivo que no sobrepase el diez por ciento del valor nominal de las acciones atribuidas, o, en defecto de valor nominal, de su par contable».

Como en el supuesto de fusión por absorción, otras disposiciones vienen aquí a perfilar el exacto alcance de la definición anterior. Así, el art. 42 establece que

«1. Las disposiciones del presente capítulo son igualmente aplicables cuando una de las sociedades es titular de todo o parte de las acciones de la otra.

2. No obstante, si una de las sociedades fusionantes es titular de todas las acciones de la otra, el informe previsto en el artículo 11 sólo se establece por la primera de ellas. En el mismo caso, cada uno de los informes previstos en el artículo 12 se establecerá de acuerdo con ese texto, pero sólo será sometido a los accionistas de la sociedad que es titular de todas las acciones de la otra».

Se habrá observado que el art. 42 es el paralelo del art. 5, cuyas disposiciones utiliza literalmente, adaptando la expresión a este tipo de fusiones. El paralelismo obedece a las posibilidades que lícitamente puede proporcionar la fusión por constitución de una nueva sociedad en el plano internacional, y que no son posibles con la fusión por absorción. Así por ejemplo, si una sociedad quiere fusionarse con una de sus filiales, con sede en otro país, para, por motivos fiscales por ejemplo, trasladar su domicilio a un Estado distinto de una y otra, podrá hacerlo fácilmente por medio de la creación de una nueva sociedad, por fusión de las anteriores, en el Estado apetecido, pero le resultará súmamente complicado, cuando no imposible, por medio de la fusión por absorción, porque sería necesario proceder a la transferencia internacional de sede social, lo que, en el estado actual de las legislaciones comunitarias, es poco menos que imposible.

Por otra parte, el paralelismo de las disposiciones se rompe en la apreciación del art. 8 párr. 1, b y c, que el 5 excluye expresamente pero que el 42 incorpora al no mencionar la exclusión. Se trata de la mención obligatoria que debe hacerse en el proyecto de fusión de la relación de cambio de acciones, y, llegado el caso, del monto de la compensación, las modalidades de la entrega de acciones de la sociedad absorbente y la fecha en que ellas dan ya derecho a participar en los beneficios. En la fusión por constitución de una nueva sociedad, serán las acciones de ésta las que se remitan a los accionistas de las sociedades disueltas, por lo que, lógicamente, todos ellos deberán recibir la documentación prevista en el art. 8, párr. 1, letra b y c.

El mismo paralelismo se aprecia entre los art. 6 y 43, esta vez, *mutatis mutandis*, sin excepciones. Así, esta última disposición dice que

«La fusión por constitución de una nueva sociedad puede igualmente tener lugar cuando las sociedades que desaparecen se hallan en liquidación, si las leyes aplicables respectivamente a estas sociedades lo permiten y siempre que no hayan todavía comenzado el reparto de sus activos entre sus accionistas».

En este tipo de fusión las dos sociedades pueden encontrarse en estado de liquidación, por lo que es necesario que la regla se refiera a ambas. Pero puede que sólo una de las sociedades se halle en liquidación; en tal caso, únicamente esta ley es la que se tomará en cuenta para decidir si la fusión es, o no, posible, cualquiera que sea lo que al respecto diga la ley de la otra sociedad.

2. *Disposiciones de la fusión por absorción que resultan aplicables a la fusión por constitución de una nueva sociedad.*

Como los arts. 1 y 2 del Convenio son comunes a las dos modalidades de fusión que se contemplan en el art. 3, las disposiciones que van a resultar aplicables a ambas son algunas de las que integran el Capítulo II del Convenio, específico de la fusión por absorción.

En efecto, el art. 44, único que compone la sección 2 del Capítulo III, enumera las distintas reglas ambivalentes y las a veces necesarias adaptaciones.

Así, las expresiones «sociedades fusionantes» o «sociedad absorbida», designan a las sociedades que desaparecen, mientras que la de «sociedad absorbente» designa a la nueva sociedad, para lo relativo a la aplicación de los arts. 7 a 20, 21 a 22, 23, 24 (con excepción de su párrafo 1, letra b), 29, 30 (cuando se resuelva el problema de la regulación de la co-gestión) y 31 y 32, a la fusión por constitución de una nueva sociedad. De entre todas las disposiciones enumeradas, algunas son objeto de una lógi-

ca adaptación: se declara aplicable a la nueva sociedad el art. 8, pár. 1, letra a, por lo que el proyecto de fusión deberá mencionar la denominación, la forma jurídica y el domicilio social de las sociedades fusionantes y de la por ellas creada; para la aplicación de los arts. 9, letra a (que entre los anexos que obligatoriamente deben acompañar al proyecto de fusión menciona a los estatutos de las sociedades fusionantes), 14 y 15 (que ordenan el depósito de los estatutos junto con el proyecto de fusión y su notificación a todos los accionistas), el proyecto de estatutos de la nueva sociedad debe unirse a los de las sociedades que desaparecen; por último, para la aplicación del art. 19 (que contempla la protección *a posteriori* del acreedor no obligacionista) la referencia que en él se contiene al art. 27 queda sustituida por la del art. 48, que, como veremos, establece la disposición específica de publicidad para este segundo tipo de fusión.

3. *Disposiciones particulares de la fusión por constitución de una nueva sociedad.*

Constituyen estas disposiciones el contenido de la sección 3 que comprende los arts. 45 a 52.

a) El hecho de la aparición de una nueva sociedad, en este tipo de fusión internacional, obliga a establecer algunas diferencias, o, más exactamente, a completar con ciertas disposiciones, todas aquellas que lógicamente tienen un carácter común o necesario para la fusión. Así, en relación con el proyecto de ésta o de estatutos de la nueva sociedad, se dispone en el art. 45 que en uno o en otro, deberán indicarse

«los nombres de los miembros de los órganos de la nueva sociedad cuyo nombramiento, según la ley del país de la sede social de esta sociedad, es de la competencia, ya de la asamblea general, ya de las sociedades que desaparecen».

Es decir, que los nombres indicados son aquellos que, en virtud de la ley del domicilio social de la nueva sociedad, deben ser designados bien por la asamblea general de esta misma, bien por las sociedades que desaparecen. Pero estos nombramientos estarán sometidos, de cualquier modo, a la aprobación de las asambleas generales de estas últimas, por la vía del párrafo 2 de este artículo, que dispone,

«El proyecto de fusión y el proyecto de estatutos de la nueva sociedad serán aprobados por las asambleas generales de cada una de las sociedades que desaparecen».

b) Por su parte, el art. 46 establece una regla de conflicto, por la cual, en todo lo concerniente a la constitución de la nueva sociedad y a su publicidad, se atribuye competencia a las disposiciones de

«la ley del país de su sede social relativas a la constitución de

las sociedades por causa de una fusión o, en su defecto, al derecho común de la constitución de sociedades».

La regla pretende cubrir la posible inexistencia en la normatividad sobre las sociedades de cualquier país, de disposiciones específicamente aplicables a la constitución de una nueva sociedad por fusión de otras.

c) La fecha de la *toma de efectos de la fusión*, y la publicidad de ésta, se regulan en los arts 47 y 48. El primero de ellos, lacónicamente, establece, por una regla uniforme, que

«La fusión toma efecto en la fecha en la cual la nueva sociedad adquiere la personalidad jurídica».

En realidad, en esta modalidad de fusión, como en la anterior, la fecha a tomar como punto de referencia en la misma: el día en que se cumplimente el último acto requerido para la fusión. Cuando ésta crea una nueva sociedad, su personalidad jurídica comienza el mismo día de su constitución, que es el que marca la consumación de la fusión.

En cuanto a la *publicidad*, las soluciones que aquí se aportan recuerdan en gran manera las dedicadas a la fusión por absorción (art. 27 y 28). En efecto, según el art. 48, pár. 1,

«Las modalidades de la publicidad de la fusión se determinan para cada una de las sociedades que desaparecen por la ley que les es aplicable».

Esta regla de conflicto que remite a la ley de cada sociedad fusionante se completa con una disposición material, contenida en el pár. 2:

«Además de las indicaciones prescritas para cada una de las sociedades que desaparecen y para la nueva sociedad por la ley que les es aplicable, la publicidad mencionará el lugar y la fecha en donde han sido efectuadas las formalidades de publicidad previstas en los artículos 13 y 14».

De esta forma, cualquier interesado sabrá en donde hallar la suficiente información sobre todas aquellas cuestiones. Para evitar la negligencia de los órganos de las sociedades que van a desaparecer, el párrafo 3 de este artículo dispone, en fin, que

«La nueva sociedad puede cumplimentar por sí misma las formalidades de publicidad relativas a las sociedades que desaparece».

d) Al igual que en la fusión por absorción, el art. 49, con la debida matización, dispone en materia de *oponibilidad* que,

«A reserva de la aplicación del artículo 31, la fusión es oponible a terceros en las condiciones previstas por las dispo-

siciones de la ley de cada una de las sociedades que desaparecen y de la nueva sociedad, relativas a la oponibilidad a terceros de las fusiones, o, en su defecto, de las modificaciones de los estatutos».

e) El resto de las disposiciones de la presente sección se ocupa, respectivamente, de la responsabilidad y de la nulidad de los actos y de la nueva sociedad.

En todos ello, la normativa aplicable es paralela a la que rige en caso de fusión por absorción. Así, de los tres artículos dedicados, que contienen tres reglas de conflicto, el primero de ellos, el 50 (prácticamente igual al 33), regula las *responsabilidades* que pueden originarse en la realización de las operaciones de fusión, y para cada una de las sociedades que desaparecen,

«por la ley que le es aplicable en caso de fusión»

y, para la nueva sociedad,

«por la ley aplicable en caso de constitución de sociedad en el país de su sede social».

En materia de *nulidad*, hay que distinguir la relativa a los «actos que concurren en la fusión» de la que concierne a la nueva sociedad y a la propia fusión.

En el primer caso, el art. 51 (paralelo al 34) rige las *condiciones* y los *efectos* de la nulidad de tales actos, para cada una de las sociedades que desaparecen,

«por la ley que le es aplicable en caso de fusión».

Ahora bien, el art. 51 no menciona la reserva, como hace el 34, del art. 35 que, como se recordará, tiene como misión el limitar en lo posible las causas de nulidad de la fusión después de que ésta haya sido declarada. La razón obedece a la íntima correlación entre nulidad de la nueva sociedad y nulidad de la misma fusión, que precisamente contempla el art. 52. En éste, en efecto, la *nulidad de la nueva sociedad* queda regida

«por la ley aplicable en caso de constitución de sociedad en el país de su sede social»

mientras que, según su párrafo 2,

«La nulidad de la fusión no puede producirse más que si hay nulidad de la nueva sociedad».

En conclusión, la ley que, para caso de fusión, se aplica a cada una de las sociedades que van a desaparecer, determina la responsabilidad de éstas y todo lo relativo a las condiciones y efectos de la nulidad de los actos encaminados a conseguir la fusión. Por su parte, la ley aplicable en el país

de sede de la nueva sociedad en materia de constitución de sociedades, es la que determinará la responsabilidad de ésta y las causas de su nulidad, modos de pronunciarla, oponibilidad frente a terceros y efectos de la misma⁽⁴⁴⁾.

V. *Disposiciones generales.*

Componen el Capítulo IV del Convenio cuatro artículos dedicados respectivamente al reconocimiento de las decisiones judiciales o administrativas, a las actas auténticas, a la legalización de aquéllas y éstas y al control de la fusión distinto del preventivo.

1. *Decisiones judiciales y administrativas.*

A ellas se aplicará el tratamiento de un Convenio comunitario ya en vigor. En efecto, de acuerdo con el art. 53,

«Las decisiones dictadas por las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante en el ejercicio del control preventivo de legalidad previsto en los artículos 23 y 24, serán reconocidas en los demás Estados contratantes según las disposiciones del convenio de 27 de septiembre de 1.968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil».

En Convenio a que se alude, uno de los más importantes de los celebrados en el marco del art. 220 del Tratado de Roma, y cuyo título no coincide exactamente con el utilizado en el art. 53, ha sido objeto de estudio y análisis (ver nota 6 de este trabajo), a cuyo lugar nos remitimos. Baste decir por el momento que los redactores del dedicado a la fusión internacional han temido que surgieran dudas sobre la inclusión de las decisiones judiciales, más aún en lo tocante a las administrativas, en materia de fusión, en el ámbito del Convenio procesal o en la definición que él mismo da de lo que debe entenderse por «decisión». De ahí que se previera expresamente su aplicación en el art. 53.

2. *Actas auténticas y legalización.*

El art. 54 recoge, en materia de competencia internacional para autorizar documentos públicos, tres reglas que son otros tres principios clásicos ya en Derecho Internacional Privado. Se trata de determinar las personas competentes para cumplimentar los documentos públicos que se exigen en el Convenio, es decir, aquel que debe contener las actas de las asambleas generales que deciden la fusión, el contrato posterior a ellas, cuando se dé tal exigencia, o el mismo proyecto de fusión cuando así lo requiera la ley de una de las sociedades fusionantes. Recordemos que estos actos jurídicos son, en algunos casos, indivisibles, es decir, que se conec-

tan o valen para ambas sociedades, como, por ejemplo, el contrato de fusión. A todos estos extremos responde el art. 54, que en su párrafo 1 declara la competencia para autorizar tales documentos públicos a las personas que lo son

«en el territorio del Estado del que depende la sociedad a la cual se refieren».

Así, las personas que, según la ley francesa, se hallan habilitadas en este país para autorizar documentos públicos (notaires) serán competentes para los relativos a la fusión de sociedades francesas, lo mismo que los notarios belgas, etc.

Si los actos conciernen indivisiblemente a varias sociedades, dice el párrafo 2 que

«podrán ser indiferentemente autorizados por las personas competentes en uno de los Estados de los que respectivamente dependen estas sociedades».

Así, cuando el contrato de fusión deba celebrarse en documento público, podrá ser autorizado por un notario, indistintamente, de cualquiera de los Estados de los que depende una u otra sociedad.

En definitiva, designado el país, la ley del mismo designará el notario definitivamente autorizante. Es lo que dispone el pár. 3, puesto que en él se dejan a salvo

«las disposiciones nacionales relativas a la competencia territorial de las personas encargadas de autorizar las actas auténticas».

Todos estos documentos públicos, y los actos de una autoridad judicial o administrativa que deban emitirse en ocasión de una fusión, gozan de la absoluta dispensa de legalización y de cualquier otra formalidad de análogo carácter (art. 55).

Nada se dice sobre la ley que debe apreciar la fuerza probatoria de todos estos actos, a pesar de que los redactores pensaran en ello. La exclusión obedece a que el principio tradicional de la *lex loci actus*, es común a todos los Estados contratantes, por lo que se estimó supérflua su inserción.

3. *Control distinto del preventivo.*

Sabemos que el Convenio instituye un control preventivo de legalidad de la fusión, ejercido por la autoridad judicial o administrativa o, en ciertos países, por el notario. Sin embargo, los Estados poseen establecidos, y podrían establecerse otros, determinados medios fiscalizadores distintos de los anteriormente citados⁽⁴⁵⁾.

Para que no hubiera duda sobre su aplicación, el Convenio la declara

expresamente en su art. 56, aunque dentro de ciertos límites, al establecer que las reglas convencionales no afectan

«a las disposiciones nacionales y comunitarias relativas a un control de la fusión distinto al preventivo de legalidad previsto en los artículos 23 y 24. No obstante, la nulidad de la fusión, incluso si es prevista por la ley en cuya virtud el control interviene, no puede declararse o pronunciarse más que de acuerdo con los artículos 35 y 52, párrafo 2».

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que el control puede hallarse previsto tanto en la legislación nacional como en la comunitaria, y, en este sentido, podría practicarse por la Comisión, en el marco de la CECA o de la CEE⁽⁴⁶⁾.

Los límites que la segunda parte de la disposición establece son los que ya conocemos⁽⁴⁷⁾.

En fin, para terminar, sólo resta hacer notar la ausencia en este Convenio de lo que es prácticamente obligatorio en los otros: la excepción de *orden público*. El Profesor Goldman explica en su «rapport» que, si bien es cierto que durante los trabajos de elaboración del texto se pensó insertar una disposición idéntica a la que figura en el art. 9, párr. 1 y 10 del Convenio sobre reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas, se expresó la idea de que tal disposición sería insólita en las relaciones entre Estados cuyas concepciones morales y principios fundamentales del derecho son semejantes, y cuyas legislaciones en materia de sociedades deben ser, por si fueran insuficientes las razones, progresivamente coordinadas. Por ello, y porque se había hecho observar que cualquiera de las variantes que se aceptaran del párrafo 2 del art. 1 serviría para deducir un efecto parecido, se decidió excluir del Convenio la mención del «orden público»⁽⁴⁸⁾.

NOTAS:

(1) Antes de que acabara de redactarse el proyecto de Convenio sobre el reconocimiento de las sociedades y personas jurídicas, ya habían comenzado los expertos de los distintos países a los primeros debates sobre el tema de las fusiones internacionales. Vid. mi trabajo *Reconocimiento de las Sociedades y personas jurídicas en la CEE y en Derecho Español*, Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos. Esc. Social de Granada. 1.977. (Vol. VI) p. 131 y 133.

(2) Mémorandum de la Commission du 1.^{er} décembre 1.965 sur la concentration dans le Marché Commun. Neuvième Rapport Général. Juin 1.966. n.º 70 y ss. También puede verse el texto en Rev. Tr. D. E. 1.966. p. 651. Posteriormente, la Comisión ha insistido sobre el tema, como en su 4ème Rapport général, 4 febrero de 1.971. n.º 205 y ss.

(3) Vid. le Colloque de Paris, 26-28 octobre 1.967 sur la fusion, coopération, concentration

d'entreprises. Rev. M. C. 1.968. p. 1 y ss. Anteriormente ya se había ocupado del tema de la fusión internacional, el coloquio celebrado en Bruselas sobre derecho europeo, en 1.961. Vid. *Colloque international de droit européen*. Bruxelles 1.961. (Centre Inter-Universitaire de droit comparé. 1.962).

(4) La disparidad legislativa de los distintos Estados miembros y las dificultades por ello originadas, vid. B. Goldman: *Rapport concernant le projet de Convention sur la fusion internationale des sociétés anonymes*. Rev. Tr. D. E. 1.968. p. 466 y ss. El texto articulado del proyecto en la misma publicación y año. p. 635 y ss. También en Bulletin des Communautés Européennes. Supplément 13/73.

(5) La primera directiva propuesta por la Comisión al Consejo, el 16 de junio de 1.970, contempla la coordinación de las garantías exigidas en los distintos Estados miembros para proteger los intereses de los socios y terceros en las operaciones de fusión. Journal Off. C. E. 14 juillet 1.970. C. 89. p. 20. La segunda directiva, en materia fiscal, fue propuesta el 18 de marzo de 1.969. Journal Off. C. E. 22 mars 1.969. C. 39. Un estudio de ambas Directivas puede verse en V. Abellán: *Normas comunitarias europeas y legislación española sobre establecimiento de personas físicas y sociedades*. Inst. Est. Administrativos. n.º 1. Madrid 1.974. p. 133 y ss. y 117 y ss.

(6) Vid. mi monografía: *Competencia Judicial, REconocimiento y Ejecución de decisiones en la CEE y en Derecho Español*. Inst. Est. Administrativos. Madrid 1.977.

(8) Art. 188: «El estatuto del Tribunal de Justicia se aprueba en Protocolo separado. El Tribunal de Justicia establecerá sus normas de procedimiento. Dichas normas se someterán a la aprobación por voto unánime del Consejo».

(9) Rapport cit. p. 542. n.º 160, b.

(10) Estas posturas se hallan mencionadas en el texto del Convenio como nota al art. 60. Se recogen en el Rapport de Goldman, más ampliamente, en p. 542-543, n.º 162.

(11) Con ello, el Convenio resultaría aplicable, en lo que respecta a los Países Bajos, sólo a las Antillas Holandesas puesto que el Surinam es hoy un Estado independiente.

(12) Así por ejemplo, una sociedad holandesa con sede real en los EE. UU. y por ello no reconocida por Francia, nunca podría fusionarse con una sociedad con sede en este país, imposibilidad que existiría frente a todos los países contratantes, incluida Holanda. Sin embargo, la sociedad holandesa podría fusionarse perfectamente con una de Luxemburgo, si en éste no hay motivo para denegarle el reconocimiento. Rapport cit. p. 475. Este resultado es posible por el juego del art. 3 o 9 del Convenio sobre el reconocimiento, de 1.968.

(13) El art. 1 del Convenio ha sido, por otra parte, objeto de dos reservas generales, una, de Bélgica, frente al conjunto del problema planteado por la definición del campo de aplicación del Convenio, y, otra, de Francia en el sentido de proponer un texto limitativo del alcance del convenio en la hipótesis en la que el centro de decisión de una de las sociedades se halla situado fuera de la Comunidad. Estimando que todo ello conllevaba un problema de política económica, las delegaciones consideraron que su debate debía realizarse en el marco del Consejo comunitario. Estas cuestiones, y los debates que provocaron, fueron objeto de un «Rapport» general, y que puede consultarse en la Rev. Tr. D. E. 1.974. p. 552 y ss. Lo más importante es la propuesta francesa, que parte de la idea de que las ventajas de la fusión sólo deben concederse a las empresas auténticamente comunitarias, y éstas no lo serían si no estuvieran relacionadas con cualquiera de los Estados contratantes por un lazo económico serio. En este sentido, el art. 1 que propone Francia dice así: «Serán reconocidas por los Estados contratantes las fusiones realizadas, de acuerdo con las disposiciones luego enumeradas, entre sociedades constituidas de conformidad con la ley de uno de estos Estados y que tengan su sede estatutaria en los territorios a los que se aplica el presente convenio. Sin embargo, las disposiciones del apartado anterior no se aplican cuando una de las sociedades que se fusiona pertenece a un grupo internacional de sociedades y si las decisiones que conciernen a su política industrial, mercantil, financiera o social se toman de acuerdo con instrucciones o recomendaciones de una sociedad cuya sede real se encuentra fuera de los territorios a los que se aplica el presente convenio».

(14) Las palabras entre paréntesis han sido propuestas por la delegación italiana, sin que hayan sido aceptadas por las restantes delegaciones.

(15) La «soulte» en derecho francés es el pago que realiza un heredero a los otros para igualar la parte que a cada uno corresponde en la herencia. En nuestro derecho es equiparable a lo que disponen los arts. 1.056, pár. 2 y, sobre todo, 1.062 del Código Civil.

(16) Esta última disposición se incluyó por la existencia en Bélgica y Luxemburgo de acciones sin valor nominal. Por «par comptable» debe entenderse, según se precisó en los debates, el valor resultante de dividir el capital por el número de acciones emitidas. Rapport. cit. p. 480. n.º 25, d. Por otro lado, existen sin duda matizaciones y diferencias entre los derechos de los Estados contratantes en torno al concepto y rasgos de la fusión. Vid. G. Beitzke: *Les conflits de lois en matière de sociétés (droit communautaire et droit international privé)*, Rev. Crit. D. I. Privé. 1.967. p. 13.

(17) Aclara el Rapport cit. que, por el momento, nada hay en las leyes de los Estados Contratantes a este respecto en materia de fusión internacional, pero se ha preferido prever el caso de que, en el futuro, uno o varios de los Estados legislara al respecto. Por otro lado, una vez aprobada la citada Directiva propuesta al Consejo en Junio de 1.970 sobre las fusiones internas, la solución en este punto sería uniforme para los Estados contratantes (art. 2, pár. 4 de la Directiva). Rapport cit. p. 483.

(18) Rapport cit. p. 484.

(19) Señala el Rapport cit. que en el Convenio se entiende por «amortizaciones y provisiones», las correcciones de valor realizadas sea por deducción del activo, sea por inscripción en el pasivo (por ejemplo, sobre gastos de establecimiento, sobre inmobilizaciones, sobre créditos del activo en circulación, etc.) junto con las provisiones por riesgos y cargas (como las relativas a impuestos o para pensiones u obligaciones similares) p. 485, n.º 34.

(20) Pueden ser, por ejemplo, aclara el Rapport cit., el «Wirtschaftsprüfer» alemán, los «commissaires aux comptes» franceses, los «réviseurs d'entreprise» belgas, etc. p. 487. n.º 37 a.

(21) Podrán ser, pues, las personas indicadas en la nota anterior, si reúnen las condiciones de independencia y calificación exigidas.

(22) La reserva constituye el anexo 3 del Rapport, que puede leerse en Rev. Tr. D. E. 1.974. p. 569-570. Fundamentalmente, Bélgica se halla preocupada por las dificultades que origina la impresión de ciertos conceptos, particularmente los de «activo neto sobre base de los valores reales» y «valor de rendimiento, habida cuenta de las perspectivas de futuro», que figuran en el apartado 5. Después de argumentar su postura, afirma que no puede aceptar que sus «revisores» tengan que dar aplicación a nociones imprecisas, para lo que propone una nueva redacción en la que el pár. 4, *in fine* diría: «...en su opinión, la relación de cambio de los títulos y de los métodos seguidos para establecer este informe son o no justificados»; el pár. 5 impondría la motivación de la declaración de los expertos, incluyendo, especialmente, las indicaciones siguientes: a) la mención precisa y la justificación en el caso del o de los criterios utilizados para la determinación de la relación de cambio propuesta; b) si se utilizan varios criterios, la relación de cambio que resulta de la aplicación de cada uno de ellos y la justificación de la ponderación concedida a uno y otros; c) la relación de cambio que resulta de la confrontación respectivamente del activo social neto y de la rentabilidad de las sociedades fusionantes, corregido por la aplicación de métodos contables y de reglas de evaluación y de restablecimiento («redressement», es decir, enderezamiento de una situación o de algo torcido o que funciona mal) idénticas. Si estas relaciones no son estimadas, deberá justificarse. El informe menciona además las dificultades particulares surgidas en la determinación de la relación de cambio».

(23) Journal Off. C. E. du 4 marz 1.968. L. 65. Ver un comentario sobre la misma en V. Abellán: *Op. cit.* p. 97 y ss.

(24) Rapport cit. p. 492. n.º 46. Si la ley del Estado llegara a exigir la intervención de los obligacionistas como ocurre en Francia y Luxemburgo, esta exigencia tendría que ser igualmente observada.

(25) Rapport cit. p. 492. n.º 16, b.

(26) En Alemania, la ley no exige quorum porque la representación de los accionistas se halla garantizada por los bancos depositarios de los títulos. En Italia, el quorum se impone indirectamente, a través de la fijación de una mayoría en función del capital social. En los demás países, si se prevé el quorum y la mayoría mínima, la importancia de uno y otra es muy variable. Rapport. cit. p. 493. n.º 47.

(27) La disposición tiene en cuenta el hecho de la ausencia, en los Países Bajos, de normatividad sobre las fusiones. En todo caso, aclara el Rapport, quedó admitido que si este país adoptaba una legislación sobre el particular antes de la entrada en vigor del Convenio, la disposición podría ser suprimida. Rapport cit. p. 493. n.º 48.

(28) Rapport cit. p. 497. n.º 55.

(29) Rapport cit. p. 500. n.º 60.

(30) Rapport cit. p. 502. n.º 64, c.

(31) Vid. Rev. Tr. D. E. 1974. p. 555 y ss.

(32) Por su parte, el art. 10 de la Directiva de coordinación de las legislaciones sobre sociedades, de 9 de marzo de 1968, mantiene este doble tratamiento en materia de constitución y modificación estatutaria de las sociedades, y lo mismo hace el proyecto de Directiva de Junio de 1970, en materia de fusiones internas. Vid. Rapport cit. p. 504, n.º 69-70.

(33) Las palabras entre paréntesis se hallan en relación con la reserva italiana al art. 3 del Convenio.

(34) El texto de la disposición no exige el control del contrato de fusión, que es un acto indivisible, celebrado tras la aprobación de ésta, en relación con la ley que lo prescribe (la ley italiana) mientras que si lo prevé para la otra sociedad, si la ley a la que se halla sujeta establece un control posterior al contrato de fusión. Así, en una fusión de sociedad italiana con otra alemana, el contrato no será controlado para la primera pero si para la segunda. La solución ha sido adoptada por las explicaciones de la delegación italiana en el sentido de que el contrato *a posteriori* debe ser obligatoriamente autenticado por un notario, que controla al mismo tiempo la regularidad de las asambleas generales y la concordancia de sus decisiones. La delegación alemana, cuyo derecho exige un control posterior a la celebración del contrato, deseaba que tal exigencia fuera respetada, a lo que no se opuso Italia.

Por otro lado, el art. 24 nada dice del supuesto en el que ningún control, judicial o administrativo, se haya previsto para cualquiera de las sociedades (por ejemplo, fusión de una sociedad belga y otra luxemburguesa; ello se debe a que las delegaciones de estos países declararon que tal disposición no era necesaria, porque la aplicación de sus respectivos derechos sobre la fusión no originaba problema alguno, siendo suficiente la previsión en ellas contenida de las comprobaciones necesarias. Tampoco se dice nada sobre la fusión con una sociedad neerlandesa, siendo así que la ley de este país no contiene disposiciones particulares en materia de fusión. Sin embargo, la delegación holandesa ha estimado que este silencio del Convenio no sería un inconveniente, dado que se prevé una pronta entrada en vigor en su patria de una normatividad al efecto. Rapport cit. p. 507. n.º 75 y 505. n.º 72.

(35) Rapport cit. p. 508. n.º 80.

(36) Rapport cit. p. 512. n.º 90.

(37) Vid. Beitzke: *Art. cit.* p. 12 y ss., en donde puede hallarse útiles reglas de derecho comparado.

(38) Rapport cit. p. 512. n.º 91.

(39) Rapport cit. p. 512. n.º 98, b.

(40) En lo que concierne al art. 30, Bélgica explica su postura en el hecho de que las cuestiones sociales deberían ser reguladas en su conjunto, por lo que las soluciones del texto con-

vencional podrían prejuzgar otras más idóneas posiblemente alcanzables por los trabajos encargados por la Comisión. A esta postura se ha sumado Luxemburgo, mientras que Italia entiende que el artículo 30 debería ser completado por dos disposiciones que previeran, la primera, una indemnización especial para los trabajadores afectados por el desplazamiento de su lugar de trabajo, y la segunda, un plazo de reflexión, suplementario al de preaviso, para los trabajadores a los que se les propone una modificación substancial de su contrato de trabajo. Pero esta postura italiana no ha sido compartida por los restantes países. Vid. la cita adjunta al art. 30 en el mismo Convenio.

(41) Rapport cit. p. 522. n.º 112, a.

(42) Rapport cit. p. 524. n.º 118.

(43) Ello no quiere decir, desde luego, que el Estado cuya ley es aplicable no pueda sancionar las irregularidades cometidas por medio de medidas penales o administrativas, y, esto, se declare, o no, la nulidad de la fusión.

(44) Estos efectos serán en la práctica uniformes en virtud de la Directiva coordinatoria de 9 de Marzo de 1968.

(45) El Rapport cita, como ejemplos, los siguientes: en Bélgica, el control ejercido por la Comisión bancaria sobre la información dada al público en el momento de la admisión a cotización de los títulos creados por causa de la fusión; en Alemania, el ejercido por las autoridades de «cartels» sobre la fusión, vista en su aspecto económico como concentración de empresas; en Francia podría darse el mismo ante ciertas fusiones que podrían ser el resultado de un abuso de posición dominante, o el ejercido por la Comisión de operaciones de Bolsa, cuando la fusión afecta a una sociedad con acciones o títulos cotizados en bolsa; en Italia, el control económico de la fusión a que da pie la exigencia de autorización ministerial para la ampliación de capital de la sociedad absorbente; en Luxemburgo, el ejercido por la Comisión de control de bancos, cuando hay oferta o venta de títulos; en los Países Bajos, la inobservancia del llamado «código de las fusiones», que permite a la Asociación para el comercio de valores mobiliarios, que hace funcionar a la Bolsa de amsterdam, el rechazo de negociación de títulos. Rapport cit. p. 537. n.º 149.

(46) Art. 66 del Tratado CECA que, aunque para las fusiones internas, se someten a la Comisión que deberá aplicarse también a las fusiones internacionales. En la CEE, la Comisión ejerce un control de las concentraciones que afectan a los intercambios entre los Estados miembros cuando las juzga como abuso de posición dominante. Rapport cit. p. 537. n.º 149.

(47) Vid. p. de este trabajo.

(48) Rapport. cit. p. 539 n.º 157.