

## CAPÍTULO 5

# LA SOCIEDAD EUROPEA: UN RÉGIMEN FRAGMENTARIO CON INTENCIÓN ARMONIZADORA

### PARTE I

### ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS

Alfonso MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad San Pablo-CEU

Investigador Principal del Instituto de Estudios Europeos (IDEE)

**SUMARIO: I. PRELIMINAR. LA SOCIEDAD EUROPEA COMO SUJETO ACTIVO DEL ESPACIO FINANCIERO ÚNICO DE LA UNIÓN EUROPEA.—**

1. La Sociedad Europea, emisor de valores.—2. La supraterritorialidad de las sociedades en Europa: su movilidad y su actuación transnacionales.—*a)* La libre circulación de personas y el traslado transnacional del domicilio social.—*b)* Las operaciones transnacionales de concentración y de fusión de empresas.—II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS INMEDIATOS DEL RÉGIMEN DE LA SOCIEDAD EUROPEA: CUARENTA Y DOS AÑOS RECORRIDOS EN CINCO ETAPAS.—1. Los orígenes del Estatuto de la Sociedad Europea y la primera Propuesta de la Comisión, de 1970.—2. La segunda Propuesta de la Comisión, de 1975: la persistencia en el proyecto de un Estatuto exhaustivo y autónomo, y el fracaso consiguiente.—3. La reorientación del modelo de Estatuto de la Sociedad Europea: la tercera Propuesta de la Comisión, de 1989.—4. La cuarta Propuesta de la Comisión, de 1991, y el segundo bloqueo del proyecto de Estatuto,

con motivo del régimen de participación de los trabajadores en la sociedad.—5. La fase final y la aprobación en 2001 del Estatuto de la Sociedad Europea: la opción por un régimen multiforme de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea, el principio “antes-después” y la prescindibilidad de las “disposiciones de referencia” en los casos de fusión.—III. EL RÉGIMEN FRAGMENTADO Y FRAGMENTARIO DE LA SOCIEDAD EUROPEA.—1. El carácter fragmentado del Estatuto de la Sociedad Europea.—2. La indisociabilidad del Reglamento (CE) 2157/2001 y la Directiva 2001/86/CE.—3. La jerarquía de fuentes de regulación de la Sociedad Europea. El reenvío a otros sectores del ordenamiento jurídico, como forma de cubrir los aspectos no regulados en el Reglamento (CE) 2157/2001.—4. Hacia un modelo único de Sociedad Europea.—IV. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD EUROPEA Y LOS PRINCIPIOS CONFIGURADORES DE SU RÉGIMEN.—1. El concepto de Sociedad Europea. Su definición.—2. Los principios configuradores de la Sociedad Europea.—a) Su naturaleza de sociedad anónima.—b) El carácter facultativo de este tipo societario.—c) La nacionalidad de la Sociedad Europea y su actual sometimiento al principio de sede real.—d) El capital de la Sociedad Europea y los tipos de empresas para los que es adecuada esta forma societaria.—e) Su habilitación especial para la realización de operaciones societarias transnacionales dentro de la Unión Europea.—f) El sistema de fuentes.—g) El principio de trato paritario.—h) La denominación.—i) La estructura orgánica.—j) La implicación de los trabajadores en la gestión de la sociedad.—V. EL REGISTRO Y LA PUBLICIDAD DE LA SOCIEDAD EUROPEA.—1. El Registro Mercantil Europeo: ¿una asignatura pendiente o una meta inasequible?—2. El registro y la publicidad de la Sociedad Europea.—BIBLIOGRAFÍA.

## I. PRELIMINAR. LA SOCIEDAD EUROPEA COMO SUJETO ACTIVO DEL ESPACIO FINANCIERO ÚNICO DE LA UNIÓN EUROPEA

— El 22 de octubre de 1959, el profesor Pieter SANDERS propuso en un discurso pronunciado en el Instituto Superior de Ciencias Económicas de la Universidad de Róterdam elaborar un régimen jurídico propio para la Sociedad Anónima Europea<sup>1</sup>. Esta idea fue acogida

<sup>1</sup> Vid. P. SANDERS, «Vers une société anonyme européenne?», en *Riv. Soc.*, 1959, pp. 1163 ss. Esta revista italiana recoge el texto en francés del discurso pronunciado en el referido Instituto. En esta versión se expresaba así el profesor SANDERS: «Etant donné la diversité des législations nationales peut-on envisager la possibilité de créer, aux côtés de ces législations internes, une Société anonyme de type européen reconnue valable dans tous les Etats-Membres, de telle sorte que le choix serait offert, dans certains cas, entre la constitution d'une société anonyme européenne au lieu et place de sociétés de droit français, allemand ou néerlandais» (op. cit., p. 1164).

Ya se había hablado con anterioridad sobre la creación de una sociedad europea, en 1957, en el Consejo de Europa y, más tarde, en el 57.º Congreso de los Notarios de Francia, celebrado en 1959 en Tours, se destacó la propuesta de SANDERS (cfr. V. EDWARDS, «The European company, essential tool or eviscerated dream?», en *CML Rev.*, núm. 40, 2003, p. 443). Posteriormente, el discurso de SANDERS fue publicado de nuevo en francés (vid. *Le Droit Européenne*, 1960, pp. 9 ss.), alemán (vid. *Annenwirtschaftsdiens des Betriebsberaters*, 1960, pp. 1 ss.), danés e inglés

en la Propuesta inicial de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, formulada por la Comisión de las Comunidades Europeas en 1970<sup>2</sup>. Ni aquella ni varias versiones posteriores del Estatuto de esta figura societaria llegaron a prosperar. En 2001, finalmente, se promulgaron las dos normas específicas de régimen de la Sociedad Anónima Europea —el Reglamento (CE) 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), en adelante, RESE, y la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, en adelante, DITSE<sup>3</sup>—. Transcurrieron, por tanto, más de treinta años —más de cuarenta, si se prefiere— dentro de un largo período que podríamos identificar como la *prehistoria* de la SE —aunque, en rigor, en el sentido literal de la palabra, no fue una *prehistoria*, sino una etapa profusa en la redacción de textos, que se iban sucediendo como fruto del amplio debate al que dio lugar la elaboración de este régimen—.

— El último impulso decisivo que permitió que la SE viese la luz provino del Plan de Acción en materia de Servicios Financieros, de la Comisión de las Comunidades Europeas —en adelante, PASF—, un programa con el que se pretende que en 2005 exista un espacio financiero único en la Unión Europea<sup>4</sup>.

El PASF está integrado por cuarenta y siete medidas específicas<sup>5</sup>. Pero, además, también se ocupa de cuestiones pendientes en el ámbito de la Unión Europea, que el PASF considera de importancia inmediata

(*vid.* estas últimas versiones, recogidas junto con la francesa, la alemana y la italiana, en P. SANDERS, *European Stock Corporation; text of draft statute with commentary*, Chicago-Illinois, 1969).

<sup>2</sup> COM (1970) 600 final, 24 de junio de 1970; Supl. 8/1970, *Boletín CE*.

<sup>3</sup> El art. 1.1 del RESE dispone que la Sociedad Anónima Europea se denomine "*Societas Europaea*" o por medio de las siglas de esta expresión latina: "SE". Acudiendo al latín, lengua común del continente europeo durante siglos y rasgo de identidad de su cultura, el legislador comunitario ha querido resolver el conflicto que se plantearía si recurriese a una u otra de las lenguas oficiales de los Estados miembros de la Unión Europea. Tanto en el articulado como en las Exposiciones de Motivos del RESE y de la DITSE la Sociedad Anónima Europea se identifica como SE. En lo sucesivo, seguiremos el mismo criterio.

<sup>4</sup> Comunicación de la Comisión, COM (1999) 232 final, 11 de mayo de 1999, Aplicación del marco para los mercados financieros: Plan de acción. El PASF se elabora como consecuencia de una de las Conclusiones del Consejo Europeo de Viena de 1998 [*vid.* punto 51, Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Viena (11 y 12 de diciembre de 1998)], que considera oportuno recoger en un programa de trabajo concreto y urgente el consenso existente entre los Estados miembros en materia de unificación de los mercados financieros. Ese consenso ya se había reflejado en la Comunicación de la Comisión, COM (1998) 625 final, 28 de octubre de 1998, Servicios financieros: establecimiento de un marco de actuación, fruto del Consejo Europeo de Cardiff de 1998 [*vid.* punto 17, Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Cardiff (15 y 16 de junio de 1998)], pero era preciso un grado mayor de ejecutividad, que permitiese llevar ese marco de actuación a la práctica.

<sup>5</sup> Cuarenta y dos medidas originarias, a las que posteriormente se añadieron cinco más [*vid.* Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2002) 267 final, 3 de junio de 2002, Sexto informe provisional sobre el Plan de acción en materia de servicios

y significativa para el funcionamiento de los mercados financieros de la Unión y que «han sido víctimas de un bloqueo político prolongado»<sup>6</sup>. A este respecto, el PASF se refiere a *cuatro iniciativas legislativas*, una de las cuales es el «Estatuto de la Sociedad Europea»<sup>7</sup>.

Entre las medidas específicas del PASF, alguna de ellas hace también referencia explícita a la SE<sup>8</sup>, y otras al Derecho de sociedades, que afecta a la SE, con carácter supletorio, en todos los aspectos no regulados por sus dos normas específicas de régimen<sup>9</sup>.

— Un observador de última hora que quisiera dar una lectura bienintencionada explicando el curioso régimen de la SE —dividido en dos normas jurídicas distintas y simultáneas, que regulan tan sólo algunas cuestiones del régimen de esta sociedad— podría pensar que el legislador comunitario, de forma deliberada y con criterio selectivo, ha querido regular tan sólo los aspectos fundamentales y más trascendentes de la actuación de una sociedad mercantil en el ámbito supranacional comunitario.

Los redactores del PASF, con una intención no menos buena, pero con un ánimo distinto y, quizá, más pragmático, vieron en la promulgación del régimen de la SE la respuesta a varias necesidades de primer orden para el buen funcionamiento del espacio financiero único de la Unión Europea y, por eso, impulsaron la finalización de la elaboración de ese régimen —pues en la fase en que se encontraba ya era útil su promulgación y, además, ése era también el sentir de las partes directamente implicadas en la construcción del Estatuto de la SE—. En los apartados 1 y 2 siguientes nos referiremos a esos elementos del régimen de la SE que convierten a ésta en sujeto protagonista del mercado financiero europeo<sup>10</sup>.

---

financieros, p. 12]. El calendario del PASF prevé que antes de 2005 se hayan realizado todas las medidas —veintiséis de las cuales constan como realizadas en el referido Sexto informe [cfr. COM (2002) 267 final, *op. cit.*, pp. 12-14]—.

<sup>6</sup> Cfr. COM (1999) 232 final, *op. cit.*, p. 2.

<sup>7</sup> Cfr. COM (1999) 232 final, *op. cit.*, p. 2, y nota 5, en la que se afirma que «el Estatuto de la sociedad europea (propuestas de directiva y de reglamento) contribuirá a una mayor transparencia en lo que se refiere a las estructuras de gestión y de propiedad, así como al establecimiento de un marco jurídico racional para las operaciones a escala europea. Esto constituirá una contribución útil a un mercado primario integrado, así como un importante paso hacia la aparición (impulsada por el mercado) de pautas de gobierno de la empresa en la UE» (la cursiva es nuestra).

<sup>8</sup> Así, el «acuerdo político sobre el Estatuto de la sociedad europea, Directiva 2001/86/CE y Reglamento (CE) 2157/2001, adoptados el 8 de octubre de 2001» [cfr. COM (2002) 267 final, *op. cit.*, p. 13, medida número 6].

<sup>9</sup> *Vid.* COM (1999) 232 final, *op. cit.*, *passim*.

<sup>10</sup> A las puertas de la última década del proceso de elaboración del régimen de la SE, también habían considerado de vital importancia su finalización urgente los promotores del *mercado interior*. El considerando 8 del RESE reconoce abiertamente este incumplimiento al afirmar que el Estatuto de la SE «es uno de los actos que el Consejo debió adoptar antes

En el epígrafe II nos ocuparemos del desarrollo histórico de la elaboración del régimen de la SE, lo que nos permitirá entender cómo, tras ese largo recorrido, se ha podido llegar a una *solución normativa tan atípica*.

En los restantes epígrafes de este trabajo analizaremos el régimen de la SE.

## 1. La Sociedad Europea, emisor de valores

— El PASF desea crear un espacio financiero único en la Unión Europea, que facilite una *mejor asignación de capitales a las empresas*. Una aspiración del legislador comunitario es facilitar a las empresas el acceso al capital riesgo y a la financiación mediante la emisión de acciones, lo cual supone una ayuda inestimable para las pequeñas y medianas empresas y para las que se encuentran en proceso de creación o crecimiento<sup>11</sup>. Para las empresas, estas fuentes de financiación suelen ser más cómodas que el endeudamiento<sup>12</sup>.

Un mercado financiero unificado es más beneficioso tanto desde el punto de vista de la oferta de recursos —los inversores— como desde el de la demanda —los emisores de valores—. Si se integran los mercados de valores al por mayor —es decir, los mercados de emisiones de los distintos Estados miembros, también llamados *mercados primarios*—, se vuelven más eficientes y se potencia que las empresas obtengan financiación mediante la emisión de acciones<sup>13</sup>. Mientras el mercado europeo no mejore sus niveles de eficacia, las emisiones de acciones y obligaciones seguirán siendo mecanismos financieros infrautilizados<sup>14</sup>.

---

de 1992, según figura en la lista del Libro Blanco de la Comisión sobre la conclusión del mercado interior, aprobado por el Consejo Europeo celebrado en Milán en junio de 1985»; y añade que «con ocasión de su reunión de Bruselas, en 1987, el Consejo Europeo manifestó su deseo de que se creara rápidamente dicho Estatuto» [*ibid.*; *vid.* también F. ESTEBAN DE LA ROSA, D. SANCHE VILLA y G. PALAO MORENO, «Capítulo IX, Sociedades mercantiles (II)», en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (ed.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, 1996, p. 250].

<sup>11</sup> Cfr. COM (1998) 625 final, *op. cit.*, p. 1.

<sup>12</sup> «La dependencia de la deuda como fuente de financiación empresarial fluctúa desde un 50 por 100 en los Países Bajos a más del 70 por 100 en Francia, Alemania e Italia, y un 80 por 100 en España (frente al 20 por 100 en los EEUU)» [cfr. COM (1998) 625 final, *op. cit.*, p. 1, nota 2].

<sup>13</sup> Cfr. COM (1998) 625 final, *op. cit.*, p. 7, núms. 14 y 17.

No cabe duda de que eliminar la fragmentación del mercado de capitales reduce el coste de la constitución de capital en los mercados de la Unión Europea y esto favorecería especialmente a las pequeñas empresas innovadoras, que no pueden pensar en la financiación por medio de los mercados bursátiles, pues recurrir a esos mercados resulta muy costoso para ellas [cfr. COM (1999) 232 final, *op. cit.*, 1].

<sup>14</sup> Este hecho salta a la vista si se compara este sector de la economía de la Unión Europea con el de los Estados Unidos: «la capitalización bursátil en la UE (a excepción del RU y NL)

— El legislador comunitario, a través del PASF, quiere facilitar a los demandantes de recursos —los emisores de valores— el acceso a unos mercados paneuropeos de capitales más competitivos<sup>15</sup>. A este respecto, algunas de las reformas normativas emprendidas por el PASF adoptan la siguiente orientación: 1) homogeneizar los prospectos de emisión de valores para hacer posible su reconocimiento mutuo por parte de los Estados comunitarios; 2) facilitar la financiación de nuevas empresas que no cotizan en Bolsa, y 3) crear un modelo único de buen gobierno de las grandes empresas, que, al constituir un referente de grandes empresas europeas transparentes y merecedoras de confianza, contribuya a la integración de los mercados al por mayor<sup>16</sup>. Estas tres cuestiones tienen un importante contenido de Derecho societario, y por esa razón la existencia de la SE supone un avance en el camino trazado por el PASF. De modo especial, con relación a la tercera, el PASF considera de interés prioritario contar con la SE<sup>17</sup>.

— El Estatuto de la SE facilita el *traslado del domicilio social* de unos a otros países comunitarios, *sin necesidad de que la sociedad se disuelva* (art. 8 RESE); por tanto, potencia que los emisores de valores se desplacen dentro del territorio de la Unión, buscando la proximidad de aquellas plazas financieras en donde les resulte más conveniente emitir valores y, lo que es más importante, sometiéndose plenamente al ordenamiento jurídico del territorio donde radica el Mercado de Valores en cuestión, pues, a pesar del grado de armonización conseguido por las Directivas del Mercado de Valores, por las Directivas de Derecho de sociedades y por el propio régimen de la SE, lamentablemente existen todavía muchas particularidades normativas en función de cuál sea el emplazamiento territorial de una sociedad cotizada

---

es insignificante en comparación con la de EEUU (el 32 por 100 del PIB en la UE y más del 100 por 100 en EEUU)» [cfr. COM (1998) 625 final, *op. cit.*, p. 7, nota 5]; además, «el 70 por 100 de los títulos emitidos en la UE corresponde a los activos más seguros (calificados por lo menos Aa2) en comparación con los EEUU, donde la cifra equivalente es del 30 por 100. La creación de un mercado de obligaciones de empresas profundo y líquido en la UE propiciará el desarrollo de un segmento de mayor rendimiento» [cfr. COM (1998) 625 final, *op. cit.*, p. 7, nota 5].

<sup>15</sup> También presta atención a determinados temas —como «las divergencias en los sistemas contables y en las normas de publicidad, las restricciones a la inversión a través de requisitos de congruencia de divisa y la igualdad de condiciones para los gestores de fondos» [cfr. COM (1998) 625 final, *op. cit.*, pp. 8-10]— que satisfacen las necesidades que tienen los inversores —oferentes de recursos—, y que les permiten colocar libremente sus activos sin barreras legales, administrativas o informativas. Pero no es ése ahora nuestro interés, sino contrarnos en las cuestiones de Derecho societario, las que afectan a la SE en el ámbito comunitario.

<sup>16</sup> Cfr., en relación con estas tres líneas de actuación, COM (1998) 625 final, *op. cit.*, p. 8.

<sup>17</sup> Cfr. COM (1998) 625 final, *op. cit.*, p. 8, donde se enumeran varios «principios comunes», relativos al buen gobierno de las empresas, entre los que se cita el Estatuto de la SE, como «una de las prioridades del Plan de Acción» (*op. loc. ult. cit.*).

dentro de la Unión Europea<sup>18</sup>. Obviamente, la SE no va a ser el único emisor de valores que disfrute de la unificación de los mercados realizada por el PASF, pero lo cierto es que se adaptará mejor que otros tipos societarios al nuevo escenario diseñado por el PASF, y sacará más partido de él<sup>19</sup>.

## 2. La supraterritorialidad de las sociedades en Europa: su movilidad y su actuación transnacionales

— En la medida en que la adecuación de la SE al espacio financiero único de la Unión Europea se consigue gracias a la movilidad de su domicilio social dentro del territorio comunitario, veamos a continuación de qué forma el PASF se ha sentido atraído por este rasgo de la SE —sin perjuicio de que más abajo centremos nuestra atención en el estudio específico de esta cuestión, al margen ya de la atención que el PASF le ha prestado—.

### a) *La libre circulación de personas y el traslado transnacional del domicilio social*

— Uno de los principales objetivos de la Unión Europea es impulsar el *mercado interior*<sup>20</sup>. A este fin contribuye la libre circulación de personas, que en el caso de las sociedades se ejerce en forma de libertad de establecimiento (arts. 43, 48 y 293 CE, de cuya lectura conjunta se deduce una serie de requerimientos, que la normativa de desarrollo de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas todavía

<sup>18</sup> Por lo que se refiere a esa parte sí armonizada del régimen aplicable a la SE, se afirma que el Estatuto de la SE permite «crear una estructura jurídica facultativa que facilite a las empresas realizar sus operaciones a escala europea en el marco de una estructura de protección jurídica única y racional» [cfr. COM (1999) 232 final, *op. cit.*, p. 22].

<sup>19</sup> En el «Primer Informe al Presidente de la Comisión, los Primeros Ministros y los Jefes de Estado» —Informe *Ciampi*—, emitido en junio de 1995 por el primer *Grupo de Consulta sobre Competencia (1995-1996)*, con carácter previo, por tanto, a la promulgación de las normas de régimen de la SE, se afirma que un 24,75 por 100 de las sociedades constituidas en el territorio comunitario estarían interesadas en constituir una SE (*vid.* F. BLANQUET, «Enfin la société européenne “la SE”», en *RDUE*, núm. 1, 2001, p. 81). Entre las empresas que ya han manifestado su interés por constituir una SE se encuentran, entre otras, Airbus, Amro, Arcelor, British Aerospace, British Petroleum, Eurotunnel, Générale de Banque, IBM, Royal Dutch Shell y Unilever (*vid.* F. BLANQUET, «Enfin la société européenne “la SE”», *op. cit.*, pp. 80 y 81; M. GARCÍA RUISTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 2002, p. 70; E. MORGAN DE RIVERY y C. STROSCHE, «La Société Européenne», en *RDAl/IBJL*, núm. 6, 2001, p. 712).

<sup>20</sup> Sobre la función económica de la libertad de establecimiento y su escasa repercusión en la construcción del mercado interior *vid.*, con más indicaciones bibliográficas, P. BLANCO-MORALES LAMONES, *La transferencia internacional de sede social*, Pamplona, 1997, p. 146.

no ha convertido en una realidad plena)<sup>21</sup>. Unido a esto, se puede afirmar que la Unión Europea «se encuentra inmersa actualmente en una amplia reestructuración sectorial, encontrándose el sector financiero a la cabeza de esta reestructuración»<sup>22</sup>.

En este contexto de circunstancias el Estatuto de la SE juega un papel de interés preferente. Para las sociedades mercantiles nacionales el traslado del domicilio social a otro Estado miembro de la Comunidad no es una operación sencilla, pues, en principio, requiere la previa disolución de la sociedad en el país donde radica su domicilio y su posterior constitución en el país de destino<sup>23</sup>. Para la SE el traslado transnacional de sede social es una realidad posible, contemplada en el art. 8 del RESE, y no le es preciso esperar a la publicación de la Decimocuarta Directiva sobre el Derecho de sociedades, que se ocupa de esta materia<sup>24</sup>.

#### b) *Las operaciones transnacionales de concentración y de fusión de empresas*

— A pesar de la polémica y los dilemas de tipo sociológico que plantea la concentración de empresas, las iniciativas económicas y jurídicas de los Estados occidentales siguen optando por potenciar esta

<sup>21</sup> Vid. P. CRAIG y G. DE BÜRCA, *EU Law. Text, cases and materials*, 3.ª ed., Oxford-New York, 2003, pp. 793-799; F. DIEZ MORENO, *Manual de Derecho de la Unión Europea*, op. cit., pp. 383 y 384; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional. Estudios sobre Derecho Comunitario y del Comercio Internacional*, 2.ª ed., Madrid, 1995, p. 153, haciendo referencia a la SE, como forma de paliar este problema; L. A. VELASCO SAN PEDRO y J. M. SÁNCHEZ FELIPE, «La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE», en *RdS*, núm. 19, 2002, p. 18; J. WOUTERS, «European Company Law: quo vadis?», en *CML Rev.*, núm. 37, 2000, pp. 289-293.

<sup>22</sup> El PASF se expresa en estos términos [cfr. COM (1999) 232 final, op. cit., p. 8], apoyándose no sólo en la esperanza de los logros que se consigan al plasmar el contenido de sus medidas y actuaciones de futuro, sino también en las conquistas, mayores o menores, que ya forman parte del presente de la unificación del sistema financiero europeo.

<sup>23</sup> Por esa razón el PASF denuncia la urgencia de la promulgación de la Decimocuarta Directiva sobre el Derecho de sociedades e incluye ésta como una de las medidas del Plan [cfr. COM (1999) 232 final, op. cit., p. 22].

Vid., con relación a las dificultades de movilidad de las sociedades mercantiles nacionales, M. MENUICO, «La mobilité des entreprises», en *Rev. sociétés*, núm. 2, abril-junio de 2001, p. 213.

<sup>24</sup> Sabedor de que el Estatuto de la SE incorporaría para este tipo societario esa movilidad internacional que el PASF desea para las sociedades de carácter nacional, afirmaba el PASF en 1999 —su fecha de redacción— que «un rápido avance en la elaboración del Estatuto de la sociedad europea también sentará las bases para que la Comisión presente propuestas de directiva sobre (...) el traslado de la sede de las sociedades» [cfr. COM (1999) 232 final, op. cit., p. 8].

Vid. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», op. cit., p. 87; M. MENUICO, «La mobilité des entreprises», op. cit., p. 216.



corriente<sup>25</sup>. El PASF juzga que las concentraciones internacionales de sociedades contribuyen positivamente a la antes mencionada reestructuración del sector financiero de la Unión Europea<sup>26</sup> y, en consecuencia, incluye entre sus objetivos la modificación de la redacción de la Décima Directiva sobre el Derecho de sociedades, sobre fusiones internacionales<sup>27</sup>, y considera ésta una más de las razones que le llevan a apostar por la SE, pues su Estatuto establece que la fusión internacional es una de las formas de creación de una SE (arts. 17 a 31 RESE) —siendo así que ésta es una operación, por el momento, irrealizable para las sociedades nacionales<sup>28</sup>—.

Los ecos de esa apuesta del PASF, convertidos en realidad normativa, se recogen en los considerandos 1 a 4 y 6 y 7 del RESE. En ellos se refieren principios como los siguientes —plasmados en disposiciones concretas del articulado del RESE, que analizamos en líneas inferiores—:

— La realización del mercado interior exige una nueva composición de las estructuras de producción y esto requiere que las empresas que desarrollan una actividad que excede el ámbito local puedan reorganizar sus actividades a escala comunitaria (considerando 1 del RESE).

— «Una reorganización de este tipo requiere que las empresas ya existentes de los distintos Estados miembros tengan la posibilidad de unir sus fuerzas mediante *operaciones de concentración y fusión*» (considerando 2 del RESE —la cursiva es nuestra—).

— Las operaciones transnacionales de reestructuración y cooperación se enfrentan a *dificultades de orden jurídico, fiscal y psicológico*<sup>29</sup>, que tan sólo en cierta medida son resueltas por los logros alcanzados en materia de armonización normativa por las Directivas de Derecho

<sup>25</sup> Sobre los motivos que llevaron a los Estados miembros de la Unión Europea a favorecer desde finales de los años ochenta una política de fusiones —coincidiendo con el momento en que los países comunitarios se deciden por construir un mercado interior europeo— y las razones —vinculadas a una protección de los intereses nacionales— que frenaban hasta aquella fecha esa política, reteniendo la propuesta de reglamento para el control de fusiones, presentada por la Comisión Europea al Consejo de Ministros en 1973, *vid.* P. GARCÍA-DURÁN HUET, «La lenta gestación de la política comunitaria de fusiones», en *RDCE*, núm. 12, mayo-agosto de 2002, pp. 503 ss.

<sup>26</sup> *Cfr.* COM (1999) 232 final, *op. cit.*, p. 8.

<sup>27</sup> *Cfr.* COM (1999) 232 final, *op. cit.*, p. 22. En el Sexto Informe sobre la evolución del PASF se destaca que la Décima Directiva, cuya primera propuesta se presentó en 1985 y permaneció bloqueada por la cuestión de la participación de los trabajadores en el control de la sociedad, en su nueva propuesta «tendrá en cuenta las soluciones adoptadas en el marco del Estatuto de la sociedad europea» [*cfr.* COM (2002) 267 final, *op. cit.*, p. 18].

*Vid.* J. J. PÉREZ MILLA, *Fusión internacional de sociedades anónimas en el Espacio Jurídico Europeo*, Pamplona, 1996, pp. 33 ss.

<sup>28</sup> *Vid.* F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 85.

<sup>29</sup> Dificultades, en principio, suavizadas por el RESE, a las que ya se refería SANDERS en 1959 (*vid.* P. SANDERS, «Vers une société anonyme européenne?», *op. cit.*, p. 1169).

de sociedades. Para que estas operaciones de concentración no se vean fácilmente frustradas es preciso contar con una forma jurídica societaria *ad hoc* (considerandos 3 y 4 del RESE).

— Cuando la actuación económica de una empresa o de un grupo de empresas es de ámbito pluriterritorial, es conveniente que exista una *correspondencia entre la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa*, y esto se consigue con una *sociedad mercantil cuyo régimen jurídico sea de aplicación supranacional* (considerandos 6 y 7 del RESE).

## II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS INMEDIATOS DEL RÉGIMEN DE LA SOCIEDAD EUROPEA: CUARENTA Y DOS AÑOS RECORRIDOS EN CINCO ETAPAS

### 1. Los orígenes del Estatuto de la Sociedad Europea y la primera Propuesta de la Comisión, de 1970

— El primer hito en la historia de la Sociedad Anónima Europea podemos localizarlo en el citado *discurso que pronunció en 1959* el profesor Pieter SANDERS en el Instituto Superior de Ciencias de Económicas de la Universidad de Róterdam<sup>30</sup>. El 14 de noviembre de ese mismo año, el profesor Eugen ULMER, en una lección inaugural pronunciada como rector de la Universidad de Múnich, abogaba también por la creación de una *societas europaea*<sup>31</sup>. Tras una buena acogida de aquella idea<sup>32</sup>, el siguiente hecho destacable lo encontramos en el Memorándum que elabora en 1966 el profesor SANDERS, junto con cinco expertos de otros Estados comunitarios, sobre la creación de una sociedad mercantil con vinculación comunitaria<sup>33</sup>. SANDERS propuso elaborar un anteproyecto de convención sobre el Estatuto de la Sociedad Europea. En aquella propuesta el régimen jurídico de la Sociedad Europea se inspiraba con excesivo grado de identidad en

<sup>30</sup> Vid. P. SANDERS, «Vets une société anonyme européenne?», *op. cit.*, pp. 1163 ss.

<sup>31</sup> Vid. E. ULMER, *Wege zu europäischer Rechtseinheit*, vol. 26, Münchener Universitätsreden N. F., München, 1960.

<sup>32</sup> Pueden señalarse, al respecto, la «Nota del Gobierno francés proponiendo crear una sociedad de tipo europeo» —de marzo de 1965— y el «Memorándum de la Comisión de la CE sobre la creación de una sociedad mercantil europea» —de abril de 1965— (cfr. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea», en *RdS*, núm. 16, 2001, p. 143).

Vid. también J.-P. STORCK, «Présentation de la Société Européenne: aspects de Droit Commercial», en *Petites affiches*, núm. 76, 16 de abril de 2002, p. 4.

<sup>33</sup> Cfr. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 444 —donde se destaca, además, las esperanzas que en aquel momento se depositaban en la SE, como instrumento que ayudaría a las empresas europeas a competir con las estadounidenses y las japonesas—; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 143; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 7; J.-P. STORCK «Présentation de la Société Européenne...», *op. cit.*, p. 4.

la legislación alemana y esto generó cierto rechazo por parte de los países cuya configuración de las sociedades mercantiles difería de la germánica, por no incluir dentro de la estructura de estos entes un órgano para la participación de los trabajadores.

— La propuesta de convención no prosperó. Sin embargo, la Comisión presentó en 1970 una Propuesta de Reglamento sobre el Estatuto de la Sociedad Europea<sup>34</sup>.

El contenido de este proyecto era amplio —doscientos ochenta y cuatro artículos— y ambicioso. Esto le llevó al fracaso, pues presentaba un modelo de Sociedad Europea independiente de los Derechos nacionales y de concepción excesivamente avanzada para aquel momento histórico en el que el Derecho de sociedades era muy diferente en unos y otros países comunitarios —pues apenas había comenzado el proceso de armonización de este sector del Derecho mercantil, iniciado con la promulgación de la Primera Directiva sobre el Derecho de sociedades (Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del art. 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros<sup>35</sup>)—.

El Estatuto de la Sociedad Anónima Europea de la Propuesta de 1970 intentaba ser exhaustivo, regulando aspectos como la *constitución*, la *estructura*, el *funcionamiento* o las *reglas contables* de esta sociedad. Además, la implantación de la figura propuesta requería la creación de nuevas instituciones comunitarias, como un *Registro Europeo de Sociedades Anónimas* o una *Oficina Europea de Sociedades*. El *sistema de fuentes* de la Sociedad Anónima Europea también era específico. Por otro lado, la lógica del sistema llevaba a establecer un nuevo *Derecho de grupos de sociedades* y la creación de un *comité de empresa europeo*. Una de las apuestas más fuertes fue la opción con carácter obligatorio por el *sistema dualista* de inspiración alemana, introduciendo *representantes de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia* de la sociedad<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> COM (1970) 600 final, 24 de junio de 1970; Supl. 8/1970, *Boletín CE*.

Vid. G. BLANC, «La société européenne: la pluralité des rattachements en question [à propos du règlement (CE) n.º 2157/2001 du 8 octobre 2001]», en *Le Dailoz*, núm. 12, 2002, p. 1052; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 444; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 143; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional...*, *op. cit.*, p. 210; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 7; E. MORGAN DE RIVERY y C. STOCKFORD, «La Société Européenne», *op. cit.*, p. 712; J.-P. STORCK «Présentation de la Société Européenne...», *op. cit.*, p. 4.

<sup>35</sup> *DQ*, núm. L 65, de 14 de marzo de 1968.

<sup>36</sup> Cfr. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, pp. 444-445; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 8; J.-P. STORCK «Présentation de la Société Européenne...», *op. cit.*, p. 4.

— La Propuesta de 1970 había diseñado lo que se esperaba que fuese el “*buque insignia*” del Derecho europeo de sociedades, pero el contexto jurídico en el que tenía que desenvolverse, formado por sistemas jurídicos todavía tan dispares, le impidió iniciar su singladura. La Propuesta fue detenida por dos dictámenes que recomendaban introducir en ella modificaciones: el Dictamen del Comité Económico y Social de 1972 y el Dictamen del Parlamento Europeo de 1974<sup>37</sup>.

## 2. La segunda Propuesta de la Comisión, de 1975: la persistencia en el proyecto de un Estatuto exhaustivo y autónomo, y el fracaso consiguiente

— El 30 de abril de 1975 la Comisión transmite al Consejo una nueva Propuesta de Estatuto<sup>38</sup>, en la que se modificaba la Propuesta de 1970, incluyendo las sugerencias de reforma que se contenían en los citados Dictámenes del Comité Económico y Social y del Parlamento Europeo —fundamentalmente, las que formulaba el Parlamento, en relación con la participación de los trabajadores—. La Propuesta de 1975 seguía una línea semejante a la del texto de 1970 —quizá, más compleja—, pues también proponía un régimen exhaustivo —más de cuatrocientos artículos— y unificador, desatendiendo las particularidades y especificidades del Derecho de sociedades de los Estados miembros<sup>39</sup>, ya que prohibía el reenvío a los ordenamientos de los Estados miembros.

Según se extendían las discusiones, avanzaba en paralelo el proceso de armonización del Derecho de sociedades de los países comunitarios por medio de las Directivas societarias<sup>40</sup>. Lamentablemente, los logros de la armonización no facilitaban la aceptación de la Propuesta de Estatuto, pues los principales puntos de la discusión sobre la SE no habían sido tratados por las Directivas: el traslado transnacional del domicilio social y la participación de los trabajadores. Por tanto, paradójicamente, *la armonización del Derecho de sociedades, en vez de con-*

<sup>37</sup> Cfr. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 445; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 143; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>38</sup> COM (1975) 150 final, 19 de marzo de 1975; Supl. 4/1975, *Boletín CE*.

*Vid.* un comentario de este texto en P. SANDERS, «The European Company», *GJICL*, núm. 6, 1976, pp. 367 ss.

<sup>39</sup> Cfr. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 445; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 144; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional...*, *op. cit.*, p. 210; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 9; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura», en *GJ*, núm. 217, enero-febrero de 2002, p. 10.

<sup>40</sup> *Vid.*, sobre este proceso, K. HOPF, «Harmonisierung im Europäischen Gesellschaftsrecht», en *ZGR*, núm. 92, pp. 265 ss.

*tribuir al éxito de aquella Propuesta, iba tomando cuerpo como una solución alternativa, que amenazaba con convertir al Estatuto de la SE en un texto prescindible por conflictivo.*

En esta ocasión, los obstáculos —provenientes, entre otros frentes, de una fuerte oposición de las organizaciones empresariales— fueron tan difíciles de superar que en 1982, siete años después de la publicación de la Propuesta, las negociaciones quedaron bloqueadas<sup>41</sup>.

### 3. La reorientación del modelo de Estatuto de la Sociedad Europea: la tercera Propuesta de la Comisión, de 1989

— La publicación en 1985 del *Libro Blanco de la Comisión sobre la finalización del mercado interior* centró de nuevo la atención sobre la importancia del Estatuto de la SE, pues insistía en la conveniencia de contar con una Sociedad Anónima Europea, que, al ofrecer una estructura adecuada para las empresas, contribuiría a la realización del mercado interior<sup>42</sup>.

— En 1987, la Comisión, en respuesta a la invitación del Consejo Europeo de Bruselas, de 29 y 30 de junio, que pedía a las instituciones comunitarias «realizar progresos rápidos, para hacer posible la creación de una Sociedad de Derecho europeo», reactivó los trabajos interrumpidos de elaboración del Estatuto de la SE<sup>43</sup>.

Se inició así una *segunda etapa en la historia de la elaboración del Estatuto de la SE*, en la que, con intención de poder llegar a botar la embarcación, se redujo la amplitud de los objetivos y se adoptó un talante negociador más abierto a las soluciones de compromiso en aquellos puntos en los que se producía fricción por las divergencias de los ordenamientos nacionales implicados.

— El primer fruto destacable de esta fase fue la publicación en julio de 1988 del Memorándum de la Comisión al Parlamento, al Consejo y a los interlocutores sociales, sobre «Mercado Interior y cooperación industrial. Estatuto de la Sociedad Europea», incluido en el

<sup>41</sup> Cfr. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 69; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 445; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 144; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 9; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 10.

<sup>42</sup> Cfr. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 144; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 9; J.-P. STORCK «Présentation de la Société Européenne...», *op. cit.*, p. 4.

<sup>43</sup> Cfr. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 69; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 9.

*Libro Blanco sobre el Mercado Interior*, punto 137<sup>44</sup>. El Consejo de Mercado Interior de 18 de noviembre de 1988 destacó que la mayor parte de las delegaciones nacionales intervinientes se mostraba de acuerdo con el contenido del Memorándum de la Comisión<sup>45</sup>. En noviembre de 1988, el Comité Económico y Social emitió un informe acogiendo positivamente las propuestas contenidas en el Memorándum, y en marzo de 1989, el Parlamento aprobó también la iniciativa de la Comisión<sup>46</sup>.

— En agosto de 1989, dentro de ese clima favorable, la Comisión presentó la tercera Propuesta de Estatuto de la SE, esta vez dividido en dos textos normativos: la *Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece el Estatuto de la Sociedad Europea* y la *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Europea en lo relativo a la posición de los trabajadores*<sup>47</sup>.

La orientación cambió claramente respecto a la de las Propuestas de 1970 y 1975 y, además, el articulado del Reglamento fue considerablemente reducido en su número con relación a aquéllas —ciento treinta y siete artículos—. El Estatuto ya no iba a regular exhaustivamente todos los aspectos relativos a la SE, ni sería una norma autónoma, desvinculada de los ordenamientos nacionales<sup>48</sup>. Por el contrario, se buscó elaborar un texto en el que se contenían *tan sólo los aspectos fundamentales del régimen de la SE, remitiendo para los demás a la normativa del país en el que cada SE tenga su domicilio social*<sup>49</sup>.

El Parlamento Europeo, en su primera lectura de la Propuesta de la Comisión, concedió su aprobación, pero condicionada a la introducción de algunas modificaciones. Por su parte, el Comité Económico y Social emitió un informe en el que señalaba que la SE no sería bien acogida por las empresas si no se mejoraba su régimen en lo relativo al *tratamiento fiscal* sufrido por las sociedades matrices y sus

<sup>44</sup> Cfr. COM (1988) 320 final, 15 de julio de 1988.

Vid. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 70; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 144; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>45</sup> Cfr. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 70; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>46</sup> Cfr. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 70; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>47</sup> Vid. ambos textos en COM (1989) 268 final, 25 de agosto de 1989; Supl. 5/1989, *Boletín CE y DO*, núm. C 263, de 16 de octubre de 1989.

<sup>48</sup> Vid. G. BLANC, «La société européenne...», *op. cit.*, p. 1053; J.-P. STORCK «Présentation de la Société Européenne...», *op. cit.*, p. 4.

<sup>49</sup> Cfr. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 446; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 10; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, pp. 9-11, donde se realiza un comentario detallado de las diversas cuestiones tratadas tanto en el texto del Reglamento como en el de la Directiva.

filiales, las fusiones y otras operaciones similares, ni se eliminaba la doble imposición<sup>50</sup>.

#### 4. La cuarta Propuesta de la Comisión, de 1991, y el segundo bloqueo del proyecto de Estatuto, con motivo del régimen de participación de los trabajadores en la sociedad

— Acogiendo las modificaciones indicadas por el Parlamento Europeo, la Comisión presentó nuevas Propuestas modificadas de Reglamento, el 16 de mayo de 1991 —reducido a ciento ocho artículos—, y de Directiva, el 6 de abril de ese mismo año<sup>51</sup>.

La reacción del Parlamento, obviamente, fue positiva y se reafirmó en 1993 en su aprobación de las dos propuestas normativas, adelantada en su primera lectura de aquellos textos<sup>52</sup>.

— Sin embargo, algunos Estados se mostraron manifiestamente en contra del régimen propuesto en relación con la participación de los trabajadores en la SE<sup>53</sup>. Junto a esta objeción existían otras relativas a cuestiones de carácter fiscal, de organización de sociedades y de grupos de sociedades<sup>54</sup>. Esto abrió una nueva fase de bloqueo, que se extendió durante diez años<sup>55</sup>.

#### 5. La fase final y la aprobación en 2001 del Estatuto de la Sociedad Europea: la opción por un régimen multiforme de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea, el principio “antes-después” y la prescindibilidad de las “disposiciones de referencia” en los casos de fusión

— Durante el período en el que la Propuesta de 1991 estuvo sometida a cuestión se produjeron varios sucesos que, desde frentes diversos, ayudaron a sacarla del *dique seco*. El mundo empresarial, que se había

<sup>50</sup> Cfr. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 144; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 11; J.-P. STORCK «Présentation de la Société Européenne...», *op. cit.*, p. 4.

<sup>51</sup> COM (1991) 174 final, 6 de mayo de 1991, y COM (1991) 174-2, 22 de mayo de 1991; DO, núm. C 176, de 8 de junio de 1991, y DO, núm. C 138, de 29 de mayo de 1991.

Vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 447.

<sup>52</sup> Cfr. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 144; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>53</sup> Vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 448.

<sup>54</sup> Cfr. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 144.

<sup>55</sup> Cfr. M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, pp. 12-13; F. J. GARCÍA MARTÍN ALPÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 10; M. MENUCCO, «La société européenne: enfin l'aboutissement!», *Le Dalloz*, núm. 13, 2001, p. 1086.

opuesto a la Propuesta de Estatuto de SE de 1975, se manifestó en esta ocasión a favor de la SE y organizó en los años 1993 y 1994 una campaña, respaldada por *La Tabla Redonda de Empresarios Europeos*, apoyando el reinicio de los trabajos sobre el Estatuto de la SE<sup>56</sup>.

— En junio de 1995, el primer Grupo de Consulta sobre la Competencia (1995-1996), presidido por Carlo Ciampi, emitió su «Primer Informe al Presidente de la Comisión, los Primeros Ministros y los Jefes de Estado», elaborado para la Cumbre Europea de Cannes. En él se insistió en el interés que tenía el empresariado europeo por contar con un Estatuto para la SE —entre los datos aportados en el Informe, es destacable el ahorro que esta forma social supondría para la economía comunitaria, estimado entonces en 30.000 millones de ecus al año—<sup>57</sup>.

— El terreno más cenagoso en el que tenían que actuar los promotores del régimen de la SE era la implicación de los trabajadores en la sociedad. Para avanzar en esta cuestión se creó en 1996 un Grupo de Expertos de Alto Nivel, presidido por Etienne Davignon —presidente de Société Générale de Bélgica y antiguo vicepresidente de la Comisión Europea—, que emitió en mayo de 1997 un Informe sobre «Sistemas europeos de implicación de los trabajadores» —denominado «Informe Davignon»—<sup>58</sup>.

Este texto supuso un gran impulso para superar obstáculos en el camino hacia la promulgación del Estatuto de la SE. Las conclusiones del Informe toman como base la gran diversidad que existe en los ordenamientos jurídicos europeos al regular la implicación de los trabajadores en la empresa. El «Informe Davignon» propuso renunciar a un régimen uniforme de implicación de los trabajadores en la sociedad y sugirió como solución la negociación *ad hoc* entre los gestores y los trabajadores de cada SE en el momento de constituirlos<sup>59</sup>. Se

<sup>56</sup> Cfr. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 73.

*The Round Table of European Industrialist* fue creada en 1983, agrupando a cuarenta dirigentes de grandes empresas industriales —entre los que se puede mencionar a Giovanni Agnelli y a Ambroise Roux—, que tiene por objetivo fortalecer la economía europea y mejorar su nivel de competencia, estableciendo al efecto un diálogo con los gobiernos nacionales y el comunitario.

<sup>57</sup> Cfr. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 74; M. GARCÍA RIBSTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 13; E. MORGAN DE RIVERY y C. STOCKFORD, «La Société Européenne», *op. cit.*, p. 714; A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute—the German View», en *Internax*, vol. 29, núm. 10, 2001, p. 332; J.-P. STORCK «Présentation de la Société Européenne...», *op. cit.*, pp. 4-5.

<sup>58</sup> Cfr. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 75; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 448; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 156; M. GARCÍA RIBSTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 14; J.-P. STORCK «Présentation de la Société Européenne...», *op. cit.*, p. 5.

<sup>59</sup> Cfr. M. GARCÍA RIBSTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 14; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 10.



admitía, por tanto, que la SE tuviese un régimen multiforme de implicación de los trabajadores; no obstante el carácter negociado de su consecución, el establecimiento del referido régimen no era potestativo. En su defecto, si no se celebrase la negociación la SE incumplidora debía acogerse obligatoriamente a unas disposiciones de referencia —contenidas en la propuesta de Directiva—, como régimen supletorio en materia de implicación de los trabajadores<sup>60</sup>.

No obstante, el modelo propuesto no satisfizo globalmente a ningún Estado: ni a los siete que ya contaban en su tradición jurídica con un sistema de participación de los trabajadores, porque les parecía *insuficiente* la solución ofrecida por el Informe, ni a los ocho que no contaban con tal sistema, pues consideraban injusto el carácter *obligatorio* de la participación, a pesar de que estuviese suavizado por el procedimiento *negociado* de su determinación. Sin embargo, las ideas puestas sobre la mesa por el Informe sirvieron para seguir el debate por una vía constructiva<sup>61</sup>.

— En 1998, durante la presidencia británica, se dio un paso adelante que permitió evitar un nuevo bloqueo. El Consejo del Mercado Interior propuso el llamado "*principio antes-después*", que contó con la aprobación de catorce de los quince Estados integrantes de la Unión Europea<sup>62</sup>.

— si en las empresas involucradas en un proceso de creación de una SE no había participación de los trabajadores *antes* de constituir la, no es necesario organizarla *después*;

— si *antes* de la constitución de una SE sí que había órganos de participación de los trabajadores en las empresas afectadas por el proceso de creación de la sociedad, será preciso organizarla *después*.

Pero esta pauta requería un mayor grado de concreción, por lo que el problema se centró en determinar cuál era el porcentaje de trabajadores con derecho de participación necesario para imponer el régimen de participación en la SE que se constituye. No hubo oposición al convenir que bastaba la mayoría si lo que se constituía era una SE matriz o una SE filial, pues estas formas de creación no llevan

<sup>60</sup> Cfr. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, pp. 76-77; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 14; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 10.

<sup>61</sup> Cfr. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 77; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 156; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 14; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 10.

<sup>62</sup> Cfr. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 77; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 449; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 156; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 15; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 10; J.-P. STORCK «Présentation de la Société Européenne...», *op. cit.*, p. 5.

a la disolución de las sociedades involucradas en el proceso y, por tanto, los trabajadores seguirían contando con los cauces de participación existentes en su sociedad originaria. Pero en el caso de constitución de una SE por fusión, que supone la desaparición de las sociedades afectadas, no hubo acuerdo. Unos Estados —Alemania, seguida por Austria, Dinamarca, Finlandia, Holanda, Luxemburgo y Suecia—, para amparar los derechos adquiridos por los trabajadores que sí contaban con un régimen de participación, exigían que el porcentaje no fuese elevado —en concreto, el 25 por 100— y, por tanto, fácil de conseguir. Otros Estados —especialmente España, seguida al principio por Francia y otros países— consideraron inadmisibles que una minoría de trabajadores impusiese el régimen de participación en una sociedad<sup>63</sup>.

— En el Consejo Europeo de Niza, celebrado entre los días 7 y 9 de diciembre de 2000, se abrió definitivamente el camino hacia la conclusión de los trabajos de elaboración del Estatuto de la SE. Se introdujo una regla que permite no aplicar en los casos de fusión las disposiciones de referencia relativas a la participación de los trabajadores en la sociedad<sup>64</sup>.

— El 20 de diciembre de 2000 se convocó un Consejo especial, que aprobó por unanimidad el texto del Reglamento y el de la Directiva. Los dos textos fueron enviados al Parlamento para su consulta. La opinión del Parlamento no era vinculante, pues, de los distintos fundamentos jurídicos de técnica legislativa comunitaria que se habían ido alternando a lo largo de la gestación de ambas normas, el adoptado definitivamente fue el art. 308 (antiguo art. 235) del Tratado CE, que elude el procedimiento de codecisión con el Parlamento y la mayoría cualificada en el Consejo<sup>65</sup>. El 4 de septiembre de 2001 el Parlamento Europeo aprobó el Informe elaborado por su Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado Interior, en la que se introdujeron enmiendas sobre la fiscalidad, la constitución y registro y la organización interna de la SE<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Cfr. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 77; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 450; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 15; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, pp. 10-11.

<sup>64</sup> Vid. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, pp. 77-78; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 450; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, pp. 15-16; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 11; J.-P. STORCK «Présentation de la Société Européenne...», *op. cit.*, p. 5.

<sup>65</sup> Vid. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, pp. 104-105; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 450; P. HONNIGSWOFF, «Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft», en *AG*, 2001, p. 279.

<sup>66</sup> Vid. G. ESTEBAN VELÁSQUEZ, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 144; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, pp. 16-17; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 11.

El Consejo, tras examinar las enmiendas formuladas por el Parlamento, no las acogió y en la sesión de 8 de octubre de 2001 adoptó formalmente el Reglamento (CE) 2157/2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, y la Directiva 2001/86/CE, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores<sup>67</sup>. Ambos textos se publicaron en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Serie L, número 294, de 10 de noviembre de 2001. El RESE entra en vigor el 8 de octubre de 2004 (art. 70 RESE); la DITSE, sin embargo, desde el mismo día de su publicación (art. 16 DITSE), y antes de la entrada en vigor del RESE, los Estados miembros deben adoptar las disposiciones normativas y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo previsto en la Directiva (art. 14 DITSE)<sup>68</sup>.

### III. EL RÉGIMEN FRAGMENTADO Y FRAGMENTARIO DE LA SOCIEDAD EUROPEA

#### 1. El carácter fragmentado del Estatuto de la Sociedad Europea

— El Estatuto de la SE es el resultado de un proceso de elaboración normativa que se ha realizado mientras, en paralelo, se desarrollaba otro proceso normativo íntimamente relacionado con él: la armonización del Derecho de sociedades de los Estados miembros preexistente, por medio de las Directivas que, desde 1968 hasta la fecha de publicación del Estatuto, ha promulgado el legislador comunitario<sup>69</sup>. A pesar de la afinidad en el objetivo de una y otras normas de régimen, el Estatuto de la SE originariamente se concibe como una *norma autónoma*, con la que se busca crear una figura nueva en el ámbito de las sociedades mercantiles. Sin embargo, al cabo de los años, la armonización del Derecho europeo de sociedades ha sido la tabla de sal-

<sup>67</sup> Vid. M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, op. cit., pp. 16-17.

<sup>68</sup> El considerando 22 del RESE destaca esta idea, manifestando así la complementariedad y dependencia de ambas normas, y afirma que la entrada en vigor del Reglamento «debe aplazarse hasta que todos los Estados miembros puedan incorporar en su Derecho nacional las disposiciones de la Directiva 2001/86/CE y establecer con anterioridad los mecanismos necesarios para la constitución y funcionamiento de las SE con domicilio social en su territorio, de modo que el Reglamento y la Directiva puedan aplicarse concomitantemente».

<sup>69</sup> Sobre este proceso armonizador, con comentarios tanto de las Directivas promulgadas como de las Propuestas de Directivas en tramitación, vid. J. WOUTERS, «European Company Law...», op. cit., pp. 257-264 —con numerosas indicaciones—; F. DIEZ MORENO, *Manual de Derecho de la Unión Europea*, op. cit., pp. 389-392; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional...*, op. cit., pp. 160 ss., con cierto detenimiento y tratando específicamente las Directivas ya aprobadas —pp. 160-180—, y las Propuestas de Directivas y la Directivas en elaboración —pp. 193-202—; E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe and European Company Law», en *Reports for The 1st European Jurists Forum Conf*, vol.: *Conf 1*, Nüremberg, 2001, pp. 95-100.

vacación que ha permitido sacar adelante el régimen de la SE, pues éste se apoya, vía remisión, en las normas nacionales y, especialmente, en las que son fruto de la transposición de las Directivas societarias (art. 9 RESE)<sup>70</sup>.

El RESE ha podido dejar aspectos sin tratar porque es posible remitir para su regulación a las materias ya armonizadas por las Directivas.

Como veremos, el RESE realiza remisiones a las disposiciones que se aplicarían a una sociedad anónima que tuviera el domicilio social en el Estado miembro en el que esté registrada la SE, en materias como el capital social, las acciones, las obligaciones, inscripción registral, la publicidad, la responsabilidad de los miembros de los órganos de dirección, control o administración, la organización y el funcionamiento de la Junta General y los procedimientos de votación, etc.<sup>71</sup>

Así, aunque el RESE no ha podido ser la norma uniforme que establece cómo funciona en esos aspectos la SE, al menos sus remisiones a los ordenamientos nacionales, cuando acuden al Derecho de sociedades, recaen sobre un sector del Derecho más o menos homogéneo en todos los Estados miembros.

— Pero en lo relativo a la implicación de los trabajadores en la sociedad no es posible esta remisión, porque todavía no ha sido objeto de armonización. Ante este problema, el legislador de la SE asume la misión de armonizador, en lo relativo al régimen de implicación de los trabajadores de la SE, y promulga la DITSE, para que después de su transposición por los Estados miembros exista en todos los ordenamientos nacionales una vía para hacer frente a las disparidades existentes en esta materia<sup>72</sup>.

— En consecuencia, la SE tiene un régimen fragmentado en dos normas distintas con rango diferente, y fragmentario, porque no regula directamente todos los aspectos propios de este tipo societario.

En cierta medida, se puede decir que el proceso de armonización del Derecho de sociedades ha ido vaciando el contenido del Estatuto

<sup>70</sup> Vid. Í. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa: a propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea», en *La Ley*, núm. 5.465, 22 de enero de 2002, p. 1905.

El considerando 9 del RESE deja constancia de estos dos procesos, con dos velocidades distintas, que, en beneficio final de la SE, han terminado encontrándose en el tiempo al promulgarse su Estatuto y afirma que, gracias a que «los trabajos de aproximación de los Derechos nacionales de sociedades han progresado considerablemente, (...) puede hacerse una remisión a la legislación sobre sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio social para todo aquello que afecte a la SE en los ámbitos en los que su funcionamiento no exija la existencia de normas comunitarias uniformes».

<sup>71</sup> Cfr. Í. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1906.

<sup>72</sup> Vid. considerandos 4 y 5 de la DITSE.

de la SE: ha ido reduciéndose la necesidad de incluir en ese Estatuto aspectos ya regulados por las Directivas sobre el Derecho de sociedades. El Estatuto de la SE, además de ocuparse de los principios configuradores de este tipo social, regula, básicamente, cuatro cuestiones<sup>73</sup>:

- 1) los modos de constitución de la SE;
- 2) el traslado transnacional de su domicilio social;
- 3) los modelos de gobierno de la SE y su estructura, y
- 4) el régimen de implicación de los trabajadores en la gestión de la sociedad.

En el horizonte del Derecho europeo de sociedades, la SE tenía vocación de ser una *sólida edificación* que destacase sobre el perfil de las demás construcciones societarias. Sin embargo, al llegar la fecha en que se promulgó el Estatuto de la SE habían transcurrido más de tres décadas, en las que el Derecho europeo de sociedades dio lugar a obras bien visibles, entre las que todavía no se identificaba la silueta de la SE. Al haber necesitado apoyarse en la normativa propia de las sociedades mercantiles nacionales, la SE no nace, por tanto, como una figura señera, con una imagen propia claramente diferenciable de las sociedades mercantiles nacionales, sino como una institución de contornos indefinidos —algunos de cuyos *muros* se ha decidido no levantar, por el momento—, que se termina de dibujar en cada caso concreto acudiendo al *material* que ofrece el Derecho nacional del territorio donde fije su domicilio<sup>74</sup>. Al promulgar el Estatuto de la SE, el legislador comunitario *ha entregado las llaves de una casa inacabada*.

Por eso la SE *no es un tipo societario europeo* —no ha llegado a serlo, como originariamente hubiesen querido sus promotores—, *sino un tipo societario mixto y multiforme*, regulado en parte por el RESE y la DITSE, y en parte por el Derecho nacional que en cada caso corresponda<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Cfr. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 146; Í. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1906; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>74</sup> Vid. Í. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1905, donde se observa que, en función de cuántos sean los Derechos nacionales a los que se pueden acoger las SE, pueden distinguirse otros tantos modelos de SE —quince eran los Estados que integraban la Unión Europea en el momento de escribirse el trabajo que citamos, quince modelos distintos de SE afirma el autor que podían singularizarse—.

<sup>75</sup> Vid. P. HOMMELHOFF, «Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung...», *op. cit.*, p. 285.

## 2. La indisociabilidad del Reglamento (CE) 2157/2001 y la Directiva 2001/86/CE

— El accidentado itinerario recorrido por el Estatuto de la SE, desde la Propuesta de 1970 hasta su promulgación definitiva, llevó a que, a partir de la Propuesta de 1989, se haya optado por una solución atípica, como es su división en dos normas jurídicas distintas. Cuando hablamos del Estatuto de la SE nos estamos refiriendo simultáneamente a dos normas jurídicas: el Reglamento (CE) 2157/2001 y la Directiva 2001/86/CE.

Esta situación se intentó evitar, sin éxito, ofreciendo como alternativa la aplicación de la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria <sup>76</sup>.

— No obstante, la coherencia del Estatuto exige cuidar en todo momento la *indisociabilidad* de las dos normas, que, más allá del simple carácter completivo afirmado en el título de la DITSE, supone que ambos textos «deben aplicarse concomitantemente» <sup>77</sup>.

Por un lado, esto se manifiesta, como ya hemos observado, en que el RESE no entrará en vigor mientras los Estados miembros no hayan incorporado a su Derecho nacional las disposiciones de la DITSE o no hayan establecido los mecanismos necesarios para la constitución y funcionamiento de las SE con domicilio social en su territorio, de modo que el Reglamento y la Directiva «puedan aplicarse concomitantemente» <sup>78</sup>. Por otro lado, la indisociabilidad de las dos normas se constata en algunas vinculaciones existentes en su articulado a la hora de su aplicación, como sucede en el caso del registro de la SE, que no podrá practicarse si antes no se han cumplido las disposiciones de la DITSE sobre implicación de los trabajadores <sup>79</sup>.

<sup>76</sup> DO, núm. L 254, de 30 de septiembre de 1994.

Vid. M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, op. cit., p. 59.

La aplicación de la Directiva 94/45/CE fue rechazada, pues el Informe Davignon reclamaba una solución específica para la SE. Pero, frente a la incómoda situación actual, en la que el Estatuto de la SE se encuentra dividido en dos normas, más compleja habría sido la solución que se barajó en 1998, durante la presidencia británica, que proponía una nueva partición, tratando en una Directiva lo relativo a la *participación* —*sensu stricto*— de los trabajadores en los órganos de gobierno de la sociedad y en otra Directiva lo referente a la *información y consulta* a los trabajadores (op. cit., p. 59).

<sup>77</sup> Considerando 19 del RESE.

<sup>78</sup> Considerando 22 del RESE y art. 14 DITSE.

<sup>79</sup> Vid. M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, op. cit., p. 60.

### 3. La jerarquía de fuentes de regulación de la Sociedad Europea. El reenvío a otros sectores del ordenamiento jurídico, como forma de cubrir los aspectos no regulados en el Reglamento (CE) 2157/2001

— Como el Estatuto de la SE no se ocupa directamente de regular todos los aspectos específicos de esta sociedad, establece en el art. 9 del RESE un orden jerárquico para las distintas fuentes que componen su régimen<sup>80</sup>. El RESE sigue una técnica mixta de regulación: *sustantiva y conflictual*<sup>81</sup>.

— Las fuentes que integran el régimen de la SE pueden dividirse en dos grupos, en función de que se ocupen de materias reguladas o de materias no reguladas por el Estatuto de la SE<sup>82</sup>.

A. Las *materias reguladas* por el Estatuto de la SE se regirán:

1) En primer lugar, evidentemente, por lo que se disponga en el articulado del RESE y, en virtud de la indisociabilidad antes señalada, por lo dispuesto en la DITSE [art. 9.1.a) RESE]<sup>83</sup>.

2) En segundo lugar, cuando el propio Reglamento lo autorice expresamente, por las disposiciones de los estatutos de cada SE [art. 9.1.b) RESE]<sup>84</sup>.

B. Las *materias no reguladas* por el Estatuto de la SE —incluyendo en este ámbito tanto las materias que no reciben regulación alguna

<sup>80</sup> En *sentido estricto*, la expresión “Estatuto de la SE” hace referencia al RESE —pues el propio título de esta norma declara que por medio de ella «se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea»— y, en virtud de su indisociabilidad respecto de éste, a la DITSE —en cuyo título se hace constar que “completa” ese Estatuto—. En *sentido amplio*, al hablar del estatuto o *status* jurídico de la SE, definido por el conjunto de normas que integran su régimen, nos estamos refiriendo a todas las fuentes normativas que, conforme al orden jerárquico que vamos a analizar, inciden sobre la SE.

<sup>81</sup> Cfr. G. PALAO MORENO, «Dimensión internacional de las sociedades», en C. ESPLUGUES MOTA (dir.), *Derecho del Comercio Internacional*, Valencia, 2003, p. 133.

<sup>82</sup> Para un tratamiento detallado de esta cuestión, *vid.* G. BLANC, «La société européenne...», *op. cit.*, pp. 1052 ss., dedicado en exclusiva a esta cuestión. *Vid.* también F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, pp. 12-14 —con una exposición clara y bien estructurada—; J. F. AGUILÓ PUÑA, «La Sociedad Anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos», en *RDM*, núm. 246, octubre-diciembre de 2002, p. 1812; Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1906; M. GARCÍA RUESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 55; J.-P. STORCK «Présentation de la Société Européenne...», *op. cit.*, p. 5.

*Vid.* E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 141, donde, al estudiar el Derecho aplicable a la SE, se deja constancia de la solución tan distinta que ofrecían las Propuestas de Estatuto de la SE de 1970 y 1975, elogiando el acierto de aquel régimen.

<sup>83</sup> *Vid.* F. BLANQUET, «Enfin la société européenne “la SE”», *op. cit.*, pp. 92-93, donde se denomina a esta parte del régimen de la SE la “*colonne vertébrale*”; E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 142.

<sup>84</sup> *Vid.* F. BLANQUET, «Enfin la société européenne “la SE”», *op. cit.*, pp. 93 ss.; E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 142.

como las materias reguladas sólo en parte, respecto de aquellos aspectos no cubiertos por el RESE [art. 9.1.c) RESE]— se registrarán por fuentes a las que se llega por dos tipos de remisiones: una *remisión general*—detallada en los tres incisos del art. 9.1.c) del RESE— y diversas *remisiones especiales*—que aparecen en distintos lugares a lo largo del articulado del RESE—<sup>85</sup>. De este modo, el art. 9 del RESE da paso a una participación de los Derechos nacionales en el régimen de la SE que, en términos cuantitativos, puede primar sobre el Derecho comunitario; pero es importante advertir que, en términos cualitativos, este artículo *otorga al Derecho nacional un carácter subsidiario frente al comunitario*, que rompe con el principio habitual que ha seguido el legislador europeo en el ámbito del Derecho privado<sup>86</sup>.

La remisión general del art. 9.1.c) del RESE busca cubrir lagunas relativas a cuestiones *societarias*. Éstas se registrarán:

1) Por las disposiciones legales que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a las SE [art. 9.1.c).i) RESE]<sup>87</sup>—el art. 9.2 del RESE prevé que estas disposiciones legales deben ser conformes con las Directivas aplicables a las sociedades anónimas nacionales (sociedades que, para mayor claridad, el RESE relaciona en su Anexo I)—<sup>88</sup>.

2) Por las disposiciones legales de los Estados miembros que se aplicarían a una sociedad anónima<sup>89</sup> constituida conforme a la legis-

<sup>85</sup> Cfr. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, pp. 13-14, con más indicaciones.

<sup>86</sup> Vid. G. BLANC, «La société européenne...», *op. cit.*, p. 1053.

<sup>87</sup> Tal es el caso de lo dispuesto en los arts. 2.5, 19, 37.8, 39.5 o 43.4 del RESE [vid. J. F. AGUILÓ PUÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, pp. 1813-1814; F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 95; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 13; E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 142].

Vid. también, con relación a esta remisión del art. 9.1.c).i) del RESE, G. BLANC, «La société européenne...», *op. cit.*, pp. 1053-1054.

<sup>88</sup> Como consecuencia de esta remisión, la mayor parte del régimen de la SE «debe ser encontrado en los Derechos internos, los cuales, merced a la llamada que realiza el art. 9.1.c).i) del Reglamento, pueden establecer para las sociedades europeas domiciliadas en su territorio una regulación no coincidente con la rectora de las sociedades genuinamente nacionales» [cfr. Í. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1906].

Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 37; E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 142, y nota 160, donde, a pesar de todo, se quiere ver en el fundamento de esta disposición «that still some idea of a common European company law has been maintained».

<sup>89</sup> En el considerando 13 del RESE se afirma, a este respecto, que el «régimen de la SE debe ser el de una sociedad de capital por acciones, que es el régimen que mejor se adapta, tanto desde el punto de vista financiero como del de su gestión, a las necesidades de las empresas que lleven a cabo sus actividades a escala europea».

Vid. E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 142.



lación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social [art. 9.1.c.ii) RESE]<sup>90</sup>.

En algunos casos, esta remisión general es concretada por artículos del RESE que, con carácter específico, disponen que determinadas materias se regulen por el Derecho interno del Estado donde esté registrada la SE, como es el caso de<sup>91</sup>:

- el capital social, su mantenimiento y modificaciones, las acciones, las obligaciones y otros valores asimilables (art. 5 RESE);
- la inscripción registral de la sociedad (art. 12 RESE);
- la publicidad (art. 13 RESE);
- el régimen genérico de constitución (art. 15 RESE);
- la responsabilidad de los miembros de los órganos de dirección, control o administración (art. 51 RESE);
- la organización y el funcionamiento de la Junta General y los procedimientos de votación (art. 53 RESE);
- la elaboración, el control y la publicidad de las cuentas anuales (art. 61 RESE); la disolución, la liquidación, la insolvencia y la suspensión de pagos y procedimientos análogos de solución de la crisis de la sociedad (art. 63 RESE)<sup>92</sup>.

Esta conexión de la SE con los ordenamientos nacionales de los países de la Unión es positiva, incluso necesaria, por razón del respeto obligado a la diversidad jurídica y social existente entre los Estados comunitarios<sup>93</sup>. Pero, al mismo tiempo, da lugar a la aparición de tantos subtipos de SE cuantos ordenamientos nacionales aloje en cada momento la Unión Europea, creando un panorama complejo e incómodo. Esa remisión a la legislación nacional comprende también el acatamiento de la correspondiente interpretación jurisprudencial de esa normativa<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Si bien esta remisión tiene como límite que la aplicación del Derecho societario nacional en cuestión no puede desplazar la de las propias disposiciones del RESE, lo cual es especialmente importante en relación con las materias parcialmente reguladas [vid. J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1812; G. BLANC, «La société européenne...», *op. cit.*, pp. 1054-1055; F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 95; F. J. GARCIMARTÍN ALPÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, pp. 13-14; A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, pp. 332-333].

<sup>91</sup> Vid. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 95; Í. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1906; E. MORGAN DE RIVERY y C. STOCKFORD, «La Société Européenne», *op. cit.*, pp. 716-717.

<sup>92</sup> Las remisiones posibles son más, como muestra el considerando 17 del RESE al observar que se debe «precisar el régimen aplicable en el caso de que la SE esté controlada por otra empresa y hay que remitirse, a tal fin, al ordenamiento jurídico aplicable a las sociedades anónimas sometidas a la legislación del Estado miembro del domicilio de la SE».

<sup>93</sup> Que ha llevado a echar en falta un Código Civil paneuropeo [vid. M. WENZ, *Die Societas Europaea (SE). Analyse der geplanten Rechtsform und ihre Nutzungsmöglichkeiten für eine europäische Konzernunternehmung*, Berlín, 1993, p. 27, apud A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 333].

<sup>94</sup> Vid. A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 333.

3) Por las disposiciones de los estatutos de cada SE, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas constituidas conforme a la legislación del Estado miembro en el que la SE en cuestión tenga su domicilio [art. 9.1.c).iii) RESE]<sup>95</sup>.

— Dentro de esta jerarquía de fuentes, la *autonomía de la voluntad* desarrolla una doble función: por un lado, *función normativa directa*, en las escasas ocasiones en que el Reglamento se remite expresamente a los estatutos; por otro lado, *función integradora y complementaria* de los principios configuradores de la SE y, al tiempo, de los de las sociedades nacionales, con toda la amplitud que se comprenda dentro de los márgenes constituidos por el respeto a la legislación del Estado donde se domicilie la SE<sup>96</sup>.

— El art. 9.3 del RESE añade, como *cláusula de salvaguardia*, que si la *actividad u objeto social* que desarrolle una SE estuviesen regulados por *disposiciones específicas en el ordenamiento nacional* del domicilio de la sociedad, éstas serán plenamente aplicables<sup>97</sup>.

— Además, el art. 10 del RESE contiene una *regla de no discriminación*, para evitar que los Estados miembros puedan dar un *trato desfavorable* a la SE, con intención de potenciar la constitución alternativa de sociedades nacionales<sup>98</sup>, y dispone que «la SE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado en que la SE tenga su domicilio social». Si bien, este artículo admite simultáneamente ser leído como una regla de no discriminación de una sociedad nacional de un Estado frente a una SE domiciliada en ese mismo Estado, cuando una y otra actúan más allá de los límites territoriales del Estado de su domicilio<sup>99</sup>, pues ese trato de favor, añadido a los privilegios que le confiere su Estatuto<sup>100</sup>, sería una posición, tal vez, excesivamente

<sup>95</sup> Vid. J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, pp. 1812-1813, donde se detallan y ejemplifican posibles causas de invalidez de las cláusulas estatutarias; G. BLANC, «La société européenne...», *op. cit.*, pp. 1055-1056; E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 142.

<sup>96</sup> Art. 9.1.b) y c).iii) RESE; cfr. Í. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1906; vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 14.

<sup>97</sup> Vid. J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1816, donde se detallan algunos casos concretos, referidos al ordenamiento jurídico español.

<sup>98</sup> Cfr. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 14; E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 142.

<sup>99</sup> V. gr.: excepción hecha de los privilegios específicos contemplados en el RESE, una SE domiciliada en España recibirá en cada Estado miembro —pongamos por caso en Holanda— el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio —es decir, el mismo trato que recibiría en Holanda una sociedad anónima constituida conforme a la Ley de Sociedades Anónimas española— (cfr., en relación con las palabras anteriores, art. 10 RESE).

<sup>100</sup> A los que hace referencia el art. 10 del RESE al comenzar con la expresión «sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento».

ventajosa. Se establece, por tanto, un *principio de trato paritario* por parte de los ordenamientos nacionales, de modo que será tan sólo el legislador comunitario quien dicte los beneficios de los que se reviste la SE, ponderando si en algún momento éstos llegan a ser discriminatorios. Además, uno de los condicionantes que subyace en el régimen de la SE es evitar que algún Estado miembro, estableciendo un régimen especialmente permisivo, se convierta en paraíso de destino para la constitución de sociedades —el llamado *efecto Delaware*—<sup>101</sup>. Por medio de este principio de trato paritario, el art. 10 del RESE evita este peligro con relación a la constitución y domiciliación de las SE.

\* \* \*

— Por lo que se refiere a las materias que excedan del ámbito del Derecho de sociedades y que tampoco estén reguladas por el Estatuto de la SE, el RESE establece *reenvíos*, de carácter más amplio que los detallados en el art. 9 del RESE, a otros sectores del ordenamiento<sup>102</sup>. El reenvío, según se afirma en el considerando 20 del RESE, recae con carácter genérico sobre «las disposiciones del Derecho de los Estados miembros y del Derecho comunitario». El mismo considerando 20 enuncia algunas de esas materias, «tales como el Derecho fiscal, el Derecho de la competencia, el Derecho de propiedad intelectual y el Derecho concursal»<sup>103</sup>, pero también podemos pensar en el Derecho penal<sup>104</sup> o, en todos los aspectos no contemplados por la DITSE, el Derecho laboral.

Entre todos estos ámbitos no cubiertos por el Estatuto de la SE merece especial atención el *régimen fiscal*<sup>105</sup>, pues la carencia de un

<sup>101</sup> Vid., sobre la posible repetición de este efecto en el Derecho europeo de sociedades, D. CHARNY, «Competition among jurisdictions in formulating Corporate Law Rules: an american perspective on the "race to the bottom" in the European Communities», en *Harvard ILJ*, núm. 32, 1991, pp. 423 ss.; M. SIEMAS, «Convergence, competition, "Centros" and conflicts of law: European company law in the 21st century», en *E. L. Rev.*, vol. 27, núm. 1, febrero de 2002, pp. 47 y 57.

En relación con el fenómeno de la incorporación de sociedades estadounidenses en el Estado de Delaware, vid. R. R. DRURY, «The regulation and recognition of foreign corporations: responses to the Delaware syndrome», en *Cambridge LJ*, núm. 57, 1998, pp. 165 ss.

<sup>102</sup> Vid. E. MORGAN DE RIVERY y C. STOCKFORD, «La Société Européenne», *op. cit.*, p. 715.

<sup>103</sup> Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 146; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, pp. 56-58; E. MORGAN DE RIVERY y C. STOCKFORD, «La Société Européenne», *op. cit.*, p. 715.

<sup>104</sup> Cfr. G. BLANC, «La société européenne...», *op. cit.*, p. 1053.

<sup>105</sup> Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, pp. 144 y 146, nota 5, con referencias a los debates intraparlamentarios mantenidos en fase de elaboración del Estatuto de la SE y comentando el período transitorio de tres años tras la entrada en vigor del RESE y la DITSE, en el que se sugiere que «se adopten complementarias normas imperativas fiscales y que, a largo plazo, se tienda a eliminar las importantes diferencias fiscales de los Estados miembros que obstaculizan la libre competencia».

tratamiento fiscal específico, por incidir determinadamente en las decisiones de los empresarios a la hora de constituir este tipo societario, puede afectar al éxito de la SE —o determinar que las SE se domicilien sólo en los Estados con regímenes fiscales más favorables—<sup>106</sup>.

#### 4. Hacia un modelo único de Sociedad Europea

— El carácter *multiforme* de la SE, derivado de las remisiones del art. 9 del RESE al Derecho nacional del país del domicilio social, es un rasgo negativo de este tipo societario. En función del lugar donde se domicilie la SE, su régimen se integrará con normas procedentes del ordenamiento del Estado correspondiente y, en consecuencia, se da lugar a subtipos como, por ejemplo, la SE belga, la SE alemana, la SE portuguesa, etc.<sup>107</sup> Esta diversidad de subtipos es un mal menor, que ha permitido que el tipo SE pueda ver la luz<sup>108</sup>.

— Pero el régimen de la SE, en cierta medida, está todavía en fase de elaboración<sup>109</sup> y es posible mejorar la situación actual, ampliando el número de aspectos de la SE que reciban un tratamiento uniforme, lo que supondría reducir las diferencias existentes entre los distintos subtipos de SE<sup>110</sup>. Lo más deseable sería llegar a un modelo único de SE con un sólo régimen jurídico.

---

Para un tratamiento detallado de los aspectos fiscales de la SE desde la perspectiva del ordenamiento español, *vid.* R. CASERO BARRÓN, «La Sociedad Anónima Europea. Aspectos en el Impuesto sobre Sociedades», en *Noticias UE*, núm. 229, 2004, pp. 17 ss.; J. M. UTANDE SAN JUAN, «La Sociedad Anónima Europea y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», en *Noticias UE*, núm. 229, 2004, pp. 107 ss.

<sup>106</sup> *Vid.*, no obstante, A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, pp. 337-341, donde se realiza un estudio del régimen fiscal de la SE, tratando por separado las consecuencias fiscales que tiene cada una de las formas de constitución de la SE, el traslado transnacional de sede social y la tributación por los beneficios obtenidos. Estos autores sostienen que es positivo que la SE no tenga —por el momento— un régimen fiscal propio, pues es más acorde con la libre competencia que el atractivo de la SE no gravite en razones de carácter tributario, sino en la utilidad y bondad de su configuración como sociedad mercantil (*op. cit.*, p. 340).

*Vid.*, en esta misma línea, F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, pp. 98-99; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, pp. 57-58.

*Contra* J.-L. JORIS, «Will the European Company work?», en *IFLR*, vol. 21, núm. 2, febrero de 2002, pp. 19 ss.; E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, pp. 145.

<sup>107</sup> *Cfr.* G. BLANC, «La société européenne...», *op. cit.*, p. 1056; Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1905.

*Vid.* A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 333.

<sup>108</sup> *Vid.* G. BLANC, «La société européenne...», *op. cit.*, p. 1057.

<sup>109</sup> El art. 69 del RESE, que contempla expresamente la posibilidad de que, tras los cinco primeros años de vigencia de la norma, se modifiquen cuatro cuestiones relevantes del régimen de la SE, es, tal vez, la expresión más clara del carácter, en cierta medida, *transitorio* del régimen vigente de la SE.

<sup>110</sup> A este respecto, se afirma que conviene que «las fuerzas centrípetas prevalezcan sobre las centrifugas, lo que es tanto como decir que el modelo único se alcanzará tanto más rápido

Los progresos que se produzcan en el proceso de armonización del Derecho de sociedades ayudarán a avanzar hacia el modelo único de SE. Del mismo modo que el sustrato de Derecho europeo de sociedades armonizado en el pasado ha permitido que, apoyado en él, el Estatuto de la SE haya sido promulgado<sup>111</sup>, la armonización futura vía Directivas que realice en este sector la Unión Europea contribuirá a la aproximación de los subtipos nacionales de SE<sup>112</sup>. Algunas de las Propuestas de Directivas que se encuentran en tramitación supondrían un avance importantísimo en la supresión de diferencias entre los ordenamientos de los Estados miembros en aspectos vitales para la SE, como sucede con la Propuesta de Quinta Directiva, relativa a la estructura de las Sociedades Anónimas y a los poderes y estructura de sus órganos, que procura encontrar una solución que supere la dicotomía entre sistema monista y sistema dualista de gobierno. También es destacable la Propuesta de Décima Directiva, sobre fusiones internacionales<sup>113</sup>.

— Hay dos tareas que puede realizar el legislador comunitario para llegar al modelo único de SE<sup>114</sup>. La primera es *impulsar el proceso de armonización del Derecho de sociedades, vía promulgación de directivas*<sup>115</sup>. La segunda es promulgar *nuevos reglamentos que complementen al actual*, cubriendo lagunas del régimen de la SE que actualmente se cubren por medio de las remisiones establecidas en el art. 9 del RESE<sup>116</sup>. La elaboración del Estatuto de la SE no ha terminado con la promulgación del RESE y la DITSE.

---

cuanto menor margen de actuación se reconozca a los legisladores» (cfr. Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1905).

<sup>111</sup> Cfr. considerando 9 del RESE.

<sup>112</sup> Cfr. Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1905.

<sup>113</sup> En relación con las Propuestas de Directivas sobre Derecho de sociedades, *vid.*, con más indicaciones, J. WOUTERS, «European Company Law...», *op. cit.*, pp. 261-263; F. DIEZ MORENO, *Manual de Derecho de la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 392; Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1905.

<sup>114</sup> Cfr. Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1905.

<sup>115</sup> Si bien el efecto que produce el avance en la armonización del Derecho europeo de sociedades, en última instancia y paradójicamente, es la prescindibilidad del Estatuto de la SE, pues la figura de la SE «viene a corregir un fallo de coordinación entre los ordenamientos jurídicos nacionales» (cfr. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 7).

<sup>116</sup> «Una y otra labores son complementarias e interdependientes. Cuanto más se haya armonizado vía directiva, menos será necesario imponer vía reglamento. (...) Hasta qué punto, sin embargo, la labor unificadora puede continuar por la vía de reglamentos complementarios al actual es cuestión que depende, claro está, de los legisladores nacionales, quienes sólo querrán perder el derecho de ser unificados vía directivas cuando se hallen persuadidos de la conveniencia de serlo vía reglamento» (cfr. Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1905).

#### 4. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD EUROPEA Y LOS PRINCIPIOS CONFIGURADORES DE SU RÉGIMEN

##### 1. El concepto de Sociedad Europea. Su definición

— La SE *no es un verdadero tipo societario autónomo*. Paradójicamente, a pesar de su nombre, no es *sensu stricto* una Sociedad Anónima Europea, con nacionalidad comunitaria y claramente diferenciada de las sociedades anónimas nacionales<sup>117</sup>.

Por el contrario, el concepto de SE *se sustenta sobre el de sociedad anónima*<sup>118</sup> y se singulariza, fundamentalmente, por el argumento teleológico que ha dado razón a su existencia: la insuficiencia del Derecho societario armonizado para dar respuesta satisfactoria a determinadas operaciones transnacionales —como que sociedades sometidas a ordenamientos nacionales distintos puedan fusionarse, crear una sociedad matriz o una filial común<sup>119</sup>, o el traslado de domicilio social a otro Estado sin necesidad de disolver la sociedad—, que ayudan al desarrollo de la actividad económica supraterritorial de las empresas europeas<sup>120</sup>. La necesidad de la SE se justifica por ser un instrumento jurídico *ad hoc* para realizar esas operaciones societarias transnacionales, y es éste uno de sus principales rasgos definitorios<sup>121</sup>. Junto a este rasgo, que podemos considerar una virtud, otro aspecto caracterizador de la SE, tan poco positivo como inevitable, es la *complejidad de su sistema de fuentes*. Esta complejidad no ha sido buscada, pero, tras el devenir accidentado de la elaboración del régimen de la SE, su articulada jerarquía de fuentes se ha convertido, al tiempo, en la puerta de salida del atolladero en que se encontraba y la de acceso al laberinto que supondrá la integración e interpretación de su Estatuto. En cualquier caso, su *régimen mixto* es una de sus notas esenciales.

Hay otras cuestiones de gran importancia en el régimen de la SE, pero que no deben considerarse esenciales al analizar su concepto,

<sup>117</sup> Cfr. Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1904.

Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 145, donde, analizando la concepción de la SE, se comenta la evolución del concepto originario de sociedad anónima exclusivamente europea —de las Propuestas de 1970 y 1975— a la nueva concepción de la SE —de los textos de 1989, 1991 y 2001—, como un híbrido comunitario-nacional.

<sup>118</sup> Lo que hace innecesario detenerse en el estudio de los elementos que habitualmente caracterizan esa figura.

<sup>119</sup> Vid. considerando 10 del RESE; vid. también el supuesto contemplado en el considerando 11 del RESE.

<sup>120</sup> Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 146; G. PALAO MORENO, «Dimensión internacional de...», *op. cit.*, p. 132.

<sup>121</sup> Vid. E. MORIGAN DE RIVERY y C. STOCKFORD, «La Société Européenne», *op. cit.*, p. 712, donde se habla de «la recherche d'une authentique solution transfrontalière».

pues son fruto de la coyuntura generada por la coexistencia de regímenes diversos dentro del territorio comunitario y la insistencia de los Estados miembros en la necesaria inclusión, o su resistencia a la exclusión, de esos aspectos en el Estatuto de la SE. Nos referimos a la posibilidad de estructurar el gobierno de la sociedad conforme a un modelo monista o dualista, a la implicación de los trabajadores en la gestión social y al sometimiento al principio de sede real. Estos tres aspectos se aprecian de forma diversa en función de cuál sea la tradición jurídica de cada Estado comunitario: en algunos países no se habrían incluido en el Estatuto de la SE. Por esa razón, a pesar de la tendencia del RESE hacia el sistema dualista, es facultativo escoger uno u otro modelo; por su parte, la implicación de los trabajadores, como hemos visto, se ha atenuado en virtud del principio “antes-después” y del carácter potestativo de las “disposiciones de referencia” en los casos de constitución de la SE por medio de fusión<sup>122</sup>; la contingencia del criterio adoptado respecto a la necesaria coincidencia del Estado donde se encuentre el domicilio de la SE y el lugar de su administración central se ve claramente reflejada en el art. 69.a) del RESE<sup>123</sup>.

La exigencia de una *cifra de capital mínimo de 120.000 euros* es, sin duda, una característica que distingue la SE de otros tipos societarios, pero la cuantía concreta no aporta mucho a su esencia<sup>124</sup>.

— Partiendo de estas consideraciones en torno a su concepto, podemos intentar definir la SE. El RESE no contiene definición alguna sobre el tipo que regula<sup>125</sup>. En su defecto, podemos entender que la SE es una sociedad anónima, con un capital mínimo de ciento veinte mil euros, facultada específicamente para desarrollar operaciones societarias transnacionales, domiciliada en el mismo Estado en el que se halle su administración central, regulada por el ordenamiento de ese Estado en todo lo no previsto por sus normas específicas de régimen

<sup>122</sup> Vid. *supra* epígrafe II.5.

<sup>123</sup> En el que se dispone que, cinco años después de la entrada en vigor del RESE, la Comisión informará al Consejo y al Parlamento Europeo, entre otras cuestiones, sobre la conveniencia de permitir la radicación de la administración central y del domicilio social de una SE en diferentes Estados miembros.

Vid. *infra* parte II, epígrafe II.

<sup>124</sup> Vid. *infra* epígrafe IV.2.d).

<sup>125</sup> Tampoco encontramos en la doctrina muchos pronunciamientos sobre el particular. Una formulación al respecto sostiene que «se trata de una sociedad anónima de segundo grado, con personalidad jurídica propia (art. 1.3) y domicilio social en el mismo Estado miembro en que se halla su administración central (art. 8), “regulada —salvo en lo dispuesto por el propio Reglamento (art. 15)— por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en que tenga su domicilio social” (art. 3.1), y cuyo capital, no inferior a 120.000 euros (art. 4), “estará dividido en acciones” (art. 1.2)» (cfr. J. LULIÁN ALCARAZ, «La Directiva 2001/86/CE, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores», en AS, t. 5, núm. 1, 2002, §.5).

o sus estatutos, que contempla la implicación de los trabajadores en la sociedad, y en cuyo proceso de constitución están comprendidas, al menos, dos entidades sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados de la Unión Europea.

Desde una óptica menos descriptiva, intentando centrarnos en la esencia de la institución, podemos enunciar más brevemente la definición de esta sociedad si la reducimos a una mención a su *naturaleza* de anónima, una referencia a la singularidad de su *régimen* y una alusión a su *finalidad* principal. En ese caso podemos decir que la *societas europaea* es una sociedad anónima de régimen mixto, nacional y comunitario, especialmente facultada para realizar operaciones societarias transnacionales dentro de la Unión Europea.

## 2. Los principios configuradores de la Sociedad Europea

— Como continuación de las ideas consideradas al hablar del concepto de SE, nos referiremos ahora a sus principios configuradores. La mayor parte de estos principios podemos deducirlos del articulado del Título I del RESE.

Estos principios tienen carácter minoritario frente a los rasgos que adquiere la SE al incorporar las especificidades del Derecho nacional del Estado en el que se domicilie<sup>126</sup>.

### a) Su naturaleza de sociedad anónima

— El art. 1 del RESE reconoce la naturaleza de sociedad anónima de la SE. A lo largo del Estatuto son numerosas las remisiones al régimen de la anónima<sup>127</sup>. Por tanto, mientras no se disponga lo contrario por su propio régimen, pueden presumirse como suyos los rasgos y las normas propios de esa forma societaria<sup>128</sup> —con las particula-

<sup>126</sup> «La SE tendrá un perfil diferente en cada Estado. No se tratará de una Sociedad Europea de tipo europeo, sino de una SE francesa, española, alemana... Incluso en el interior de un Estado miembro se constituirán una multitud de sociedades europeas diferentes...» (cfr. M. GARCÍA RUESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, op. cit., pp. 55-56, citando el Informe, de junio de 2001, de la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado Interior del Parlamento Europeo).

<sup>127</sup> Las más relevantes son las efectuadas en el art. 9 del RESE. También es esclarecedor a este respecto el art. 3 del RESE, en el que se dispone que a «efectos de los apartados 1, 2 y 3 del art. 2, se considerará que la SE es una sociedad anónima regulada por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que tenga su domicilio social».

<sup>128</sup> Vid., entre otros, art. 5 RESE, con relación al capital, las acciones, las obligaciones y los demás títulos asimilables a ambas; arts. 3 y 15.1 RESE, con relación a la constitución de la sociedad, y, fundamentalmente, art. 9.1.c) RESE, donde, aunque con ciertas limitaciones,



ridades propias, en función de los casos, de la normativa societaria de cada Estado miembro—.

b) *El carácter facultativo de este tipo societario*

— Los términos en los que se expresa el legislador en el art. 1 del RESE («podrán constituirse sociedades en el territorio de la Comunidad en forma de sociedades anónimas europeas...») dejan claro el carácter facultativo de este tipo societario<sup>129</sup>. Al margen de que la constitución de una SE sea o no la mejor solución que ofrece el Derecho para los problemas que intenta atender<sup>130</sup>, no es, desde luego, una medida de obligada adopción cuando se producen las circunstancias para las que ha sido prevista<sup>131</sup>.

c) *La nacionalidad de la Sociedad Europea y su actual sometimiento al principio de sede real*

— Cuando la nacionalidad se predica respecto de las personas jurídicas no se les puede atribuir ese accidente del mismo modo que se hace en el caso de las personas físicas. La nacionalidad de las sociedades es, en última instancia, una ficción, un expediente técnico por medio del cual se determina el ordenamiento jurídico al que se somete la sociedad —la *lex societatis*—<sup>132</sup>. Determinar la nacionalidad de una sociedad realmente consiste en establecer cuál es el Estado cuyo Derecho se le aplica originariamente.

se hace una remisión genérica al régimen de la sociedad anónima del Estado donde se domicilie la SE.

<sup>129</sup> Vid. A. DECCO y G. DECCO, *Droit européen des affaires*, Paris, 2003, p. 84.

<sup>130</sup> Vid. M. GARCÍA RUESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>131</sup> Vid., afirmando las ventajas evidentes que aporta la SE, como estructura jurídica uniforme, E. MORGAN DE RIVERY y C. STOCKFORD, «La Société Européenne», *op. cit.*, p. 714.

<sup>132</sup> Vid., por ejemplo, las observaciones formuladas sobre la posibilidad de realizar una fusión transnacional tanto por la «vía directa o nacional» como por la vía del RESE en F. J. GARCIMARTÍN ALPÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 9.

<sup>133</sup> Vid. L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional...*, *op. cit.*, p. 157; F. J. GARCIMARTÍN ALPÉREZ, «La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE. Algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la Sentencia TICE de 9 de marzo de 1999», en *RDM*, núm. 232, abril-junio de 1999, p. 647; G. PALAO MORAÑO, «Dimensión internacional de...», *op. cit.*, p. 114; J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica. Las cuentas en participación», en R. UTA y A. MATEOS DEZ (dir.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, Madrid, 1999, pp. 535-536; J. J. SAGARTI AURBERRETXERA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», en *RdS*, núm. 19, 2002, p. 119.

— La SE no tiene naturaleza supranacional, su nacionalidad no es exclusivamente europea —comunitaria, si se prefiere—<sup>133</sup>. Tiene la nacionalidad de un Estado miembro y, como consecuencia de ésta, se puede predicar de ella que también tiene nacionalidad comunitaria. La falta de nacionalidad exclusivamente comunitaria para este tipo social ha sido uno de los objetivos frustrados del Estatuto de la SE.

De la lectura del art. 9 del RESE puede deducirse que la SE tiene la nacionalidad del Estado en el que radique su domicilio social<sup>134</sup>. No obstante, esta afirmación debe ser matizada, pues la determinación de la nacionalidad, además de ser una cuestión controvertida, tiene un tratamiento diferente en el ordenamiento de unos y otros Estados miembros. Las soluciones posibles pueden resumirse en dos<sup>135</sup>, distinguiéndose una de la otra por el elemento de la relación jurídica que consideran prioritario al determinar la *lex societatis*: la voluntad de los socios, si se sigue un modelo subjetivo —llamado de la *constitución* o de la *incorporación*<sup>136</sup>—, o la situación del centro principal, real y efectivo, de la sociedad, si se sigue un modelo objetivo —llamado

<sup>133</sup> Vid. G. BLANC, «La société européenne...», *op. cit.*, p. 1056; A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, pp. 87 ss.; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 9; A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 333, donde se observa que, en sentido estricto, no puede decirse de esta institución que sea una Sociedad Europea, sino una *sociedad inspirada en principios europeos*.

Sobre la inexistencia de una nacionalidad comunitaria para las sociedades o la imposibilidad de su atribución respecto de éstas, *vid.* L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional...*, *op. cit.*, p. 157.

<sup>134</sup> Cfr. Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *op. cit.*, pp. 1904 y 1905.

Contra J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, pp. 1798-1800, sin precisar, sin embargo, cuál es el criterio para determinar la nacionalidad de la SE.

<sup>135</sup> Vid. J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «La sociedad mercantil: atributos...», *op. cit.*, p. 537. Vid., no obstante, una referencia a los «modelos combinados» en F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La "Sitztheorie" es incompatible...», *op. cit.*, pp. 651-652.

Vid. L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional...*, *op. cit.*, p. 157, donde se refieren los tres criterios de atribución de la nacionalidad de las sociedades contemplados en el art. 58 del Tratado CE —el de la *sede estatutaria*, el de la *administración central* y el del *establecimiento principal*— y se menciona otro criterio más —el del *control*—.

<sup>136</sup> Que es el criterio seguido por el ordenamiento del Reino Unido, el de Irlanda y el de Holanda y, en teoría y en cierta medida, también por el de los países escandinavos (*vid.* P. BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia internacional de sede social*, *op. cit.*, pp. 47 ss.; M. SIEMS, «Convergence, competition, "Centros"...», *op. cit.*, p. 48).

Conviene mencionar que, aunque tan sólo se quede en una distinción dogmática, se puede diferenciar el modelo de *constitución* —que convierte el domicilio social, el mencionado en los estatutos, en el elemento esencial a la hora de determinar el país de nacionalidad de la sociedad— del de *incorporación* —conforme al cual, a la sociedad se le confiere la nacionalidad del Estado en cuyo registro está inscrita—. En la práctica, tal distinción no tiene trascendencia, porque la mayoría de los Estados cuyo ordenamiento se acoge al modelo de *constitución/incorporación* exigen que el *domicilio estatutario* se fije dentro del *territorio nacional*, y que la sociedad se inscriba en su registro (*vid.*, con más indicaciones, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La "Sitztheorie" es incompatible...», *op. cit.*, p. 649, nota 8).

del *domicilio* o de la *sede real*, con especial predicamento en la doctrina alemana, donde se conoce este sistema como *Sitztheorie*, y en la francesa—<sup>137</sup>.

— En el ordenamiento español la nacionalidad se establece en función de lo dispuesto, con carácter general para todas las sociedades, en los arts. 9.11 y 28 del CC y 15 del C. de C. y, con carácter específico para la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, en los arts. 5 de la LSA y 6 de la LSRL<sup>138</sup>. Estos artículos deben analizarse junto con el art. 7 del RESE para determinar cuándo una SE tiene nacionalidad española, y qué consecuencias tiene esa determinación.

A. Si nos detenemos primero en lo dispuesto con carácter general, observamos que el art. 28 del CC hace referencia expresa a los dos criterios de determinación de la nacionalidad: el del *domicilio* y el de la *constitución*<sup>139</sup>. Esto permite, como medida pacificadora para aquellos casos en que no conste la voluntad de las partes respecto a la *lex societatis*, resolver conforme al criterio del domicilio<sup>140</sup>. En cambio, cuando sí conste la voluntad de las partes se puede seguir un criterio comprensivo de ambos elementos de juicio, por lo que, para esos supuestos, la doctrina española predominante, tanto en el ámbito civil como en el mercantil, sigue la llamada *tesis de la constitución-domicilio*, conforme a la cual, para que una sociedad tenga nacionalidad española debe constituirse conforme al Derecho español y tener su domicilio en España<sup>141</sup>.

<sup>137</sup> Principio recogido en los ordenamientos jurídicos de Alemania, Bélgica, España, Francia, Grecia y Portugal (vid. M. SIEMS, «Convergence, competition, "Centros"....», *op. cit.*, p. 48).

En este caso cobra importancia fundamental la distinción entre el *domicilio social estatutario* —el recogido en los estatutos inscritos en el registro— y la *sede real* —el establecimiento principal, donde se lleva efectivamente la administración central de la sociedad—. Uno y otro pueden coincidir o ser distintos. Para esta tesis sólo es relevante para determinar la *lex societatis* la *sede real* (vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia internacional de sede social*, *op. cit.*, pp. 65 ss., con más indicaciones).

<sup>138</sup> Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La *Sitztheorie* es incompatible...», *op. cit.*, p. 654; G. PALAO MORENO, «Dimensión internacional de...», *op. cit.*, p. 115.

<sup>139</sup> Pues en él se dispone que gozarán de nacionalidad española las sociedades «domiciliadas en España» y que «tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código» (cfr. art. 28 CC; vid. J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «La sociedad mercantil: atributos...», *op. cit.*, p. 538).

<sup>140</sup> Así, cuando «las partes no eligen un Derecho al que someter la sociedad (por ejemplo, sociedades tácitas, sociedades nacidas de la continuación por los herederos de la empresa paterna, etc.), habrá de entenderse, como sucede en el Derecho conflictual general, que la sociedad se rige por la ley del país con la que tenga «los vínculos más estrechos», y éstos —como hemos dicho— los proporciona la *sede real*» (cfr. J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «La sociedad mercantil: atributos...», *op. cit.*; p. 538).

<sup>141</sup> Vid. una descripción de la tesis, con un posterior análisis crítico que recomienda desecharla como válida, en J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «La sociedad mercantil: atributos...», *op. cit.*, pp. 538-539, con referencias a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado

No obstante, la tesis de la constitución-domicilio encierra en su lógica algunas contradicciones y, a la postre, termina conduciendo a resultados prácticos semejantes a los de la tesis de la mera constitución, por lo que algunos autores concluyen que es más acertado guiarse por el *criterio de la constitución* al interpretar los arts. 28 del CC y 15 del C. de C., y concluir que las sociedades poseen la nacionalidad del país conforme a cuyo Derecho se hayan constituido, con independencia de dónde radique su sede real<sup>142</sup>.

B. Sorprendentemente, el criterio específico seguido en los arts. 5 de la LSA y 6 de la LSRL para determinar la nacionalidad de estos tipos sociales parece ser el del *domicilio* o *sede real* —el modelo opuesto al seguido en relación con los demás tipos societarios—, dando a entender que, en este caso, el legislador pretende una coincidencia entre la sede estatutaria y la real, para evitar situaciones fraudulentas<sup>143</sup>.

El criterio de sede real ha sido criticado por la doctrina en el ámbito europeo, por considerar que se contrapone a dos principios fundamentales del Derecho comunitario, el libre establecimiento y la libre prestación de servicios —contemplados, respectivamente, en los arts. 43 y 44 del Tratado de Amsterdam (anteriormente, arts. 52 y 58 del Tratado CEE)—<sup>144</sup>. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, tras haberse resistido a afirmar esta contraposición<sup>145</sup>, niega claramente la compatibilidad de la *Sitztheorie* con el art. 58 (48) del Tratado CEE en la Sentencia de 9 de marzo de 1999, sobre el caso «Centros»<sup>146</sup>,

y jurisprudencia del Tribunal Supremo; *vid.*, en el mismo sentido, G. PALAO MORENO, «Dimensión internacional de...», *op. cit.*, pp. 115-116.

<sup>142</sup> Cfr. J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «La sociedad mercantil: atributos...», *op. cit.*, p. 539; G. PALAO MORENO, «Dimensión internacional de...», *op. cit.*, p. 116.

<sup>143</sup> *Vid.* J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «La sociedad mercantil: atributos...», *op. cit.*, p. 539, sugiriendo criterios que permitirían interpretar los arts. 5 LSA y 6 LSRL conforme al criterio de la constitución; G. PALAO MORENO, «Dimensión internacional de...», *op. cit.*, p. 116; J. J. SAGASTI AURIBKOETXEA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», *op. cit.*, p. 120.

<sup>144</sup> *Vid.* F. J. GARCIMARTÍN ALPÉREZ, «La *Sitztheorie* es incompatible...», *op. cit.*, pp. 658 ss., donde se trata el tema en profundidad, destacando los argumentos de la doctrina y la jurisprudencia alemanas con los que se pretende defender la compatibilidad de la *Sitztheorie* con el Tratado CEE.

<sup>145</sup> Como sucedió en la famosa sentencia del caso «Daily Mail» —STJCE C-81/87, de 27 de septiembre de 1988—. *Vid.* P. BLANCO-MORALES LEBRON, *La transferencia internacional de sede social*, *op. cit.*, pp. 158-167; P. CRAIG y G. DE BÚRCA, *EU Law*, *op. cit.*, p. 796; F. EMERAT, *European Union Law*, Cases, The Hague, London, Boston, 2000, pp. 381 ss.; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional...*, *op. cit.*, p. 151, nota 3; L. A. VELASCO SAN PEDRO y J. M. SÁNCHEZ FELIPE, «La libertad de establecimiento...», *op. cit.*, pp. 26 y 27.

<sup>146</sup> STJCE C-212/97, de 9 de marzo de 1999.

*Vid.* P. CRAIG y G. DE BÚRCA, *EU Law*, *op. cit.*, pp. 796 y 797-799; F. EMERAT, *European Union Law...*, *op. cit.*, pp. 388 ss.; E. GARCÍA CROO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio y problemas de conflicto de Leyes», en *Noticias UE*, núm. 229, 2004, p. 48; F. J. GARCIMARTÍN ALPÉREZ, «La *Sitztheorie* es incompatible...», *op. cit.*, pp. 661 ss.;

que se ha convertido en una de las sentencias más importantes del Tribunal<sup>147</sup> —cuya doctrina ha sido confirmada posteriormente por la sentencia «Überseering»<sup>148</sup>—<sup>149</sup>.

Podría concluirse, a la vista de las referidas sentencias del Tribunal de Justicia Europeo, que, a pesar de las dificultades que ofrece la literalidad del art. 5 de la LSA, es necesario fundamentar doctrinalmente una deseable interpretación de esta norma conforme al criterio de la constitución. No obstante, a efectos prácticos, esa interpretación no supondría que una SE constituida conforme al Derecho español pueda situar su sede real en un Estado diferente al nuestro, pues el RESE ha entrado en escena inclinando la balanza hacia el principio de sede real. El art. 7 del RESE, desoyendo lo expuesto en las sentencias «Centros» y «Überseering», dispone que el «*domicilio social de la SE deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central*»<sup>150</sup>. El legislador comunitario sabe que el RESE se ha publicado en un momento en el que, quizá, los debates sobre la inclusión de la *Sitztheorie* en el Estatuto de la SE no se encontraban en fase concluyente y que, tal vez, en esta cuestión el *fiel de la balanza* no debiera quedar en su posición actual. Por esa razón, deja abierta la posibilidad de modificar el criterio acogido y dispone en el art. 69 del RESE que,

J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «La sociedad mercantil: atributos...», *op. cit.*, p. 541; L. A. VELASCO SAN PEDRO y J. M. SÁNCHEZ FELIPE, «La libertad de establecimiento...», *op. cit.*, pp. 27-29.

<sup>147</sup> Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La sentencia “Centros”: el *status questionis* un año después», en *CISS Praxis*, núm. 195, abril de 2001, pp. 79 ss., con más indicaciones; *id.*, «La *Sitztheorie* es incompatible...», *op. cit.*, pp. 645 ss.; M. SIEMS, «Convergence, competition, “Centros”...», *op. cit.*, pp. 47 ss.

Es expresivo de la relevancia adquirida por esta sentencia que algún autor haya considerado oportuno hablar de la “Era Centros” (cfr. G. BORGES, «Die Sitztheorie in der Centros-Ära: Vertiefende Probleme und unvermeidliche Änderungen», en *RIW*, 2000, pp. 167 ss.).

<sup>148</sup> STJCE C-208/00, de 5 de noviembre de 2002.

Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La sentencia “Überseering” y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro», en *RDM*, núm. 248, abril-junio de 2003, pp. 663 ss., donde el autor analiza a fondo la decisión dictada por el Tribunal; L. A. VELASCO SAN PEDRO y J. M. SÁNCHEZ FELIPE, «La libertad de establecimiento...», *op. cit.*, p. 30.

En la misma línea jurisprudencial que los casos «Centros» y «Überseering», puede citarse «Holtó Ltd.» (STJCE C-447/00) (vid. E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, p. 49).

<sup>149</sup> En relación con esta idea, se afirma en P. CRAIG y G. DE BÜRCA, *EU Law*, *op. cit.*, p. 793: «*it is clear that, so long as a company is formed in accordance with the law of a Member State and has its registered office there and its principal place of business somewhere in the Community, it will be established in the first Member State within the meaning of the Treaty.*»

<sup>150</sup> E incluso añade que «los Estados miembros podrán imponer a las SE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar» (art. 7 RESE, proposición segunda) (vid. J. F. AGUILÓ PUJA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1802, y un amplio comentario al respecto en nota 10; A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 88; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 455; G. PALAO MORAÑO, «Dimensión internacional de...», *op. cit.*, p. 133).

en un plazo máximo de cinco años tras la entrada en vigor del Reglamento<sup>151</sup>, la Comisión presentará al Consejo y al Parlamento Europeo un informe en el que, entre otras cuestiones, se pueden presentar propuestas de modificación y, a este respecto, el art. 69.a) del RESE menciona expresamente que el informe analizará la conveniencia de «permitir la radicación de la administración central y del domicilio social de una SE en diferentes Estados miembros».

En consecuencia, mientras que el RESE no se modifique en los términos contemplados por su art. 69.a), y con independencia de que fuera posible argumentar doctrinalmente la posibilidad de dar una interpretación a los arts. 7 del RESE y 5 de la LSA distinta de la inspirada por la *Sitztheorie*, desde un punto de vista práctico, una SE de nacionalidad española debe *constituirse conforme al Derecho español, debe establecer su domicilio social o sede estatutaria en territorio español, habrá de inscribirse en el Registro Mercantil español y su centro de administración efectiva o sede real habrá de estar también en España*.

Por tanto, la opción por el *sistema de sede real*, además de haber sido uno de los aspectos controvertidos de la elaboración del régimen de la SE, es uno de sus rasgos identificadores y diferenciadores frente a algunas sociedades nacionales, ya que no todos los países comunitarios se guían por este principio en su Derecho de sociedades<sup>152</sup>.

d) *El capital de la Sociedad Europea y los tipos de empresas para los que es adecuada esta forma societaria*

— En su condición de anónima, el capital es uno de los elementos esenciales de la SE. La principal razón de ser del capital, como es sabido, consiste en *establecer un límite a la responsabilidad de los socios por las deudas sociales* —dicho de otro modo: *defender a los accionistas*—. Por eso, el RESE, que no se ocupa directamente de regular exhaustivamente lo relativo al capital, sino que se remite a lo dispuesto en los ordenamientos nacionales, menciona, entre sus escasos pronunciamientos sobre esta materia, que el capital de la SE se divide en acciones y que cada «accionista sólo responderá hasta el límite del capital que haya suscrito»<sup>153</sup>.

<sup>151</sup> En octubre de 2009, pues el RESE entra en vigor el 8 de octubre de 2004 (art. 70 RESE).

<sup>152</sup> Vid. E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, pp. 142 y 143.

<sup>153</sup> Art. 1.2 RESE. Vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 451.

Hecha esta afirmación en el art. 1.2 y, tras regular en el art. 4, como vemos a continuación, la cifra del capital de la SE, se dispone en el art. 5 del RESE que «el capital de la SE, su mantenimiento y sus modificaciones, así como sus acciones, obligaciones y demás títulos asi-

Más allá de la *mera existencia del capital social* —y partiendo de ésta—, la determinación de una cifra de *capital mínimo* es una medida que busca introducir certeza en la relación de la sociedad con terceros, sirviendo de garantía del pago a los acreedores sociales —es decir, *defender a los acreedores*—<sup>154</sup>.

— Dentro de esta lógica, un paso más lo constituye la *cuantificación de la cifra del capital mínimo* y, a este respecto, se considera que una cifra suficientemente elevada contribuye a reservar el tipo social en cuestión para las empresas grandes o, cuando menos, medianas<sup>155</sup>. La cuantía de la cifra del capital mínimo es uno de los medios posibles para categorizar las empresas por su tamaño<sup>156</sup>. El considerando 13 del RESE declara que por medio de la cifra del capital mínimo de la SE se busca «garantizar una dimensión razonable a este tipo de empresas»<sup>157</sup>, y asegurar que «disponen de un patrimonio suficiente». Con este fin, el art. 4 del RESE establece que «el capital suscrito no podrá ser inferior a 120.000 euros»<sup>158</sup>. Esta cantidad tiene cierto carácter disuasorio con relación a las pequeñas y medianas empresas que se planteen constituir una SE; sin embargo, según se afirma en el considerando 13 del RESE, no se desea que suponga una traba

---

*milables, estarán regulados por las disposiciones que se aplicarían a una sociedad anónima que tuviera el domicilio social en el Estado miembro en el que esté registrada la SE.*

<sup>154</sup> Pues la existencia de esa cifra genera la obligación de la sociedad de mantener siempre un patrimonio correlativo, vinculado al eventual pago de sus deudas.

<sup>155</sup> En esta misma línea de argumentos, se entiende que, cuando una actividad empresarial u objeto social reviste cierta trascendencia —económica, sociológica, política, etc.—, es conveniente que la sociedad que desempeña esa función tenga un respaldo patrimonial elevado; y se suele disponer —en ocasiones, por medio de leyes que regulan sociedades anónimas especiales a las que se les reserva la facultad exclusiva de realizar esas actividades (v. gr.: bancarias, periódicas, aseguradoras, etc.)— que su cifra de capital mínimo sea superior a la exigida a las sociedades anónimas comunes. Las ideas que inspiran el Estatuto de la SE se encuentran en sintonía con estos principios y, en consecuencia, el art. 4.3 del RESE dispone que cuando «la legislación de un Estado miembro fije un capital suscrito superior para sociedades que ejerzan determinados tipos de actividad, dicha legislación se aplicará a las SE que tengan su domicilio social en dicho Estado miembro» (vid. un caso concreto en J. F. AGUILÓ PÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1800, nota 8; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 456; J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», *op. cit.*, p. 119).

<sup>156</sup> Además de la cifra del capital, también inciden en esta catalogación el número de trabajadores de la empresa, su volumen de negocio, la cuantía de sus créditos y, de forma especialmente significativa, su condición de sociedad cotizada.

<sup>157</sup> *Dimensión razonable* es una referencia implícita a las *grandes empresas*.

<sup>158</sup> Vid. J.-L. JORIS, «Will the European Company work?», *op. cit.*, p. 20; J.-P. STORCK, «Présentation de la Société Européenne...», *op. cit.*, p. 5; E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 140.

El art. 4.1 del RESE precisa que el capital debe expresarse *necesariamente en euros*. No obstante, una SE cuyo domicilio social radique en un Estado en el que no rija la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria —UEM— no tiene que expresar su capital en euros (art. 67 RESE) (vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 456).

insalvable para esas categorías de empresas, pues no es intención del legislador vedarles el acceso a este tipo <sup>159</sup>.

De hecho, en 1995 un alto porcentaje de empresas pequeñas y medianas manifiesta su intención de acudir a la forma de SE, como instrumento para el desarrollo de su actividad. Así se expresa en el cuadro que incluimos a continuación, donde aparecen clasificadas las sociedades conforme a uno de los criterios que, además de la cifra del capital, permite distinguir las empresas por su tamaño: el número de trabajadores.

CUADRO 1

Categoría	Número de sociedades	Porcentaje de sociedades (y su traducción en unidades) que constituirían una SE
Categoría 1: de 1 a 10 trabajadores	6.177.952	20 (1.235.590)
Categoría 2: de 10 a 100 trabajadores	1.017.779	50 (508.890)
Categoría 3: de 100 a 500 trabajadores	72.986	65 (47.441)
Categoría 4: de 500 a 10.000 trabajadores	13.436	75 (10.077)
Categoría 5: de 10.000 a 100.000 trabajadores	307	100 (339)
Categoría 6: 100.000 trabajadores o más	32	

Elaboración propia a partir de los datos contenidos en el «Primer Informe al Presidente de la Comisión, los Primeros Ministros y los Jefes de Estado» —de junio de 1995— («Informe Ciampi»), emitido por el primer Grupo de Consulta sobre Competencia (1995-1996) <sup>160</sup>, y en F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 81.

El número total de sociedades recogido en el Cuadro 1 es 7.282.492 y estarían interesadas en constituir una SE 1.802.337, es decir, el 24,75

<sup>159</sup> Vid. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 83; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional...*, *op. cit.*, p. 213; R. LARGO GIL, «La constitución de la sociedad anónima europea (SE) (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)», en *RdS*, núm. 18, 2002, p. 115, nota 90, donde se comenta las modificaciones realizadas en la Propuesta de 1989 para facilitar el acceso de las PYME a la condición de SE.

Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «La sociedad cerrada europea: ¿figura complementaria o alternativa a la sociedad europea?», en *RdS*, núm. 13, 1999, p. 171, donde, con carácter previo a la publicación del RESE, se comentaba el carácter complementario que tienen ambas figuras —sociedad cerrada europea y sociedad anónima europea—, dado el carácter flexible del régimen de la SE, que permite su constitución por parte de pequeñas y medianas empresas.

<sup>160</sup> Vid. una edición conjunta de los cuatro informes emitidos por el primer Grupo de Consulta sobre Competencia (1995-1996) y un estudio preliminar al respecto en A. JACQUENET y L. R. PENCH (eds.), *Pour une compétitivité européenne. Rapports du Groupe Consultatif sur la Compétitivité*, Paris, Bruxelles, 1997.



por 100 del total. Entre las grandes empresas, el éxito de la SE, si se mide por su acogida, no puede ser mayor<sup>161</sup>. Entre las pequeñas y medianas también se recibe favorablemente la nueva institución.

\* \* \*

— No obstante, parece que la lógica que inspira la regulación de la cifra del capital y las actuales medidas para la defensa del capital, aceptadas y asumidas por el Derecho europeo de sociedades, apuntan hacia el fin de su vigencia<sup>162</sup>. De modo que, aunque todavía no se puede afirmar que el Estatuto de la SE haya nacido caduco en este punto, conviene relativizar la importancia de la cifra del capital mínimo establecida en el art. 4 del RESE, tanto por lo que se refiere a su aptitud para reservar efectivamente la SE para las grandes empresas<sup>163</sup> como por su creciente fragilidad como garantía del pago a los acreedores<sup>164</sup>. El Segundo Informe Winter recomienda una profunda reforma de las normas relativas al capital legal —o capital mínimo— en Europa o, directamente, su abolición<sup>165</sup>. Entre las soluciones que contempla el sistema alternativo que se propone se encuentran la emisión de acciones no a la par, flexibilizar el régimen de exclusión del derecho de suscripción preferente en la sociedades cotizadas, aplicar el régimen de protección de los acreedores en caso de reducción de capital a todas las operaciones de reestructuración, etc.<sup>166</sup>

<sup>161</sup> Vid. J.-P. STOUCK «Présentation de la Société Européenne...», *op. cit.*, p. 6.

Entre éstas, como hemos visto, las *societades cotizadas* se encuentran en un contexto en el que es especialmente adecuado la adopción de la forma de SE.

<sup>162</sup> Vid. Informe del "Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de sociedades" sobre un marco normativo moderno para el Derecho de sociedades en Europa, Bruselas, 4 de noviembre de 2002, presidido por Jaap Winter, de quien toma nombre este llamado Segundo Informe Winter.

Vid. J. M. GARRIDO GARCÍA, «El Informe Winter y el gobierno societario en la Unión Europea», en *RdS*, núm. 20, 2003, pp. 111 ss., donde el autor, uno de los siete miembros del Grupo de Expertos, realiza un comentario sobre el Segundo Informe Winter.

<sup>163</sup> Y esto no sólo porque 120.000 euros no sea una cantidad realmente inasequible para una empresa pequeña, sino también porque, como hemos observado, el propio RESE en su considerando 13 prevé que la SE es una forma adecuada para que la adopten las pequeñas empresas.

<sup>164</sup> Casos tristemente conocidos por todos, como el de Enron, el de Worldcom, el de Global Crossing o el de Tyco —que han sido tenidos en cuenta por el Segundo Informe Winter—, han mostrado una vez más cómo la llamada *contabilidad creativa* logra sortear las vulnerables medidas que contemplan los actuales sistemas de defensa de los acreedores.

<sup>165</sup> Lo cual afecta directamente a la Segunda Directiva sobre el Derecho de sociedades —la llamada *Directiva del capital*—.

En lo referente al capital de las sociedades, el Segundo Informe Winter amplía las observaciones formuladas por el Informe final del "Grupo de trabajo SLIM (*Simpler Legislation for Internal Markets*)" en 1996. El modelo que se propone seguir es el del Derecho estadounidense.

<sup>166</sup> Vid. Capítulo IV del Segundo Informe Winter.

e) *Su habilitación especial para la realización de operaciones societarias transnacionales dentro de la Unión Europea*

— El régimen de la SE le atribuye facultades especiales para realizar *operaciones societarias transnacionales* dentro de la Unión Europea, como la *fusión transnacional* de sociedades o la creación de una *sociedad matriz* o de una *filial común* por sociedades sometidas a ordenamientos de Estados distintos<sup>167</sup>. Es un privilegio de la SE y uno de los principales motivos por los que el legislador comunitario siguió adelante con el Proyecto del Estatuto de la SE, cuando en la etapa previa a su promulgación bastantes elementos de lo que podía ser el régimen de la SE ya habían sido regulados por las Directivas sobre el Derecho de sociedades; pero éste, no.

Las cuatro formas distintas de constitución que contempla el art. 2 del RESE son, en definitiva, esas operaciones societarias transnacionales cuya realización ha querido hacer posible el legislador<sup>168</sup>. En los considerandos 10 y 11 del RESE se afirma que esas operaciones son «el objetivo esencial» que persigue el régimen jurídico de la SE. En cualquiera de los procesos de constitución de la SE, de un modo u otro, se ven involucradas, al menos, *dos entidades sujetas al ordenamiento de Estados miembros diferentes*<sup>169</sup>. La SE ha sido creada por el legislador comunitario para resolver ese tipo de situaciones, cuando constituyan un obstáculo para el desarrollo de la actividad de las empresas afectadas. Llama la atención que el legislador no permita que se constituya una SE cuando todavía no existe una implicación actual de entidades sometidas a ordenamientos de distintos Estados, aunque haya intención de desarrollar en el futuro ese tipo de operaciones supranacionales, sino que exige que la SE sólo se pueda constituir cuando *ab initio* ya se produce esa situación<sup>170</sup>.

— La facultad de proceder al traslado transnacional del domicilio social, dentro de la Unión Europea, sin necesidad de disolver la sociedad es otra operación que exclusivamente puede realizar la SE, singularizando su régimen y caracterizándola de forma privilegiada<sup>171</sup>.

<sup>167</sup> Art. 2 RESE.

<sup>168</sup> Reguladas con más detalle en el Título II del RESE.

Vid. *infra* epígrafe I.

<sup>169</sup> La necesidad de que en el proceso de constitución se implique, al menos, a dos entidades sujetas al ordenamiento de Estados miembros diferentes salta a la vista en la lectura de las cuatro formas de constitución previstas en el art. 2 del RESE.

Vid. A. Decoco y G. Decoco, *Droit européen...*, op. cit., p. 84.

<sup>170</sup> Vid. *infra* parte II, epígrafe I.1, donde exponemos nuestra opinión crítica al respecto.

<sup>171</sup> Art. 8 RESE. Vid. *infra* epígrafe II.2.

### f) *El sistema de fuentes*

— El carácter mixto, nacional y comunitario, de su régimen jurídico, que se concreta en la jerarquía de fuentes establecida en el RESE<sup>172</sup>, y que es un elemento esencial para el funcionamiento de la SE, se erige en uno de sus aspectos más llamativos, al tiempo que uno de los más criticables. Sin embargo, ha de aceptarse con transigencia, pues el Estatuto de la SE debe en parte su existencia a esta solución atípica, sin la cual no habría sido posible su promulgación en la fecha en que sucedió.

Pendiente la entrada en vigor del Estatuto de la SE, todavía no han comenzado los problemas derivados de la diversidad multiforme de las SE constituidas en los distintos Estados miembros, dando lugar a tantas combinaciones de régimen cuantos Estados compongan en cada momento la Unión. Junto con las dificultades que suponga la aplicación de ese régimen fragmentado aparecerán los relativos a su interpretación consonante con la jurisprudencia de cada Estado<sup>173</sup>.

### g) *El principio de trato paritario*

— Se deduce del art. 10 del RESE que la SE no puede ser discriminada por el ordenamiento de un Estado, confiriéndole un trato más riguroso que el previsto para sus sociedades nacionales<sup>174</sup>. Y, al mismo tiempo, se deduce de este artículo que ningún Estado puede prever para las SE con domicilio en otros Estados miembros un régimen más favorable que el que otorgue a las sociedades nacionales de esos Estados<sup>175</sup>. Esta segunda concreción del principio de trato paritario evita que cualquier Estado miembro pueda convertirse en el *paraíso* al que acudieran las SE en fraude de ley, buscando un ordenamiento que fuese para ellas injustificadamente más flexible que el de los demás Estados miembros<sup>176</sup>.

<sup>172</sup> Art. 9 RESE.

<sup>173</sup> Vid. G. BLANC, «La société européenne...», *op. cit.*, p. 1057.

<sup>174</sup> Vid. A. SCHLIZ y K. ERKSA, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 334.

<sup>175</sup> Vid. *supra* epígrafe III.3, donde, al hablar de la jerarquía de fuentes, argumentamos por qué de la lectura del art. 10 del RESE se deduce un principio de trato paritario.

<sup>176</sup> Vid., sobre el *shopping societario*, P. BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia internacional de sede social*, *op. cit.*, pp. 53 ss.

h) *La denominación*

— En los arts. 1.1, 11, 12 y 14 del RESE se resuelve la cuestión de la denominación de la institución que regulan<sup>177</sup>. Con acierto, se dispone en el art. 1.1 del RESE que la denominación de las sociedades objeto del Reglamento se efectúe por medio de una expresión latina: *Societas Europaea*<sup>178</sup>. En ese mismo artículo se determina que esa denominación puede ser sustituida por las siglas SE y, desde ese punto de su articulado, el RESE se refiere a la Sociedad Europea, tanto en el texto de los artículos como en cualquier rúbrica, exclusivamente por medio de sus siglas<sup>179</sup>.

— En cuanto su uso, el art. 11 del RESE establece que la SE deberá hacer constar delante o detrás de su denominación las siglas "SE". En su número 2 establece este artículo el derecho exclusivo de la SE a «llevar las siglas "SE" en su denominación social»<sup>180</sup>.

— La SE hará constar su denominación al inscribirse en el registro del país donde establezca su domicilio social<sup>181</sup> y, con carácter añadido a los requisitos ordinarios de publicación previstos para las sociedades anónimas nacionales de ese Estado, la «inscripción y la baja de una

<sup>177</sup> El tratamiento que dan a la cuestión no es exhaustivo, por lo que, en virtud de la remisión del art. 9.1.c).ii) del RESE, «se estará a lo que establezcan las disposiciones legales de los Estados miembros» aplicables en cada caso en materia de denominación de sociedades (cfr. J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1801).

Vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 451.

<sup>178</sup> Así, al tiempo que un adecuado uso del erario cultural europeo, el recurso al latín constituye una medida pacificadora, obviando el carácter polémico que se desprende de la elección de determinada lengua europea en lugar de otras.

<sup>179</sup> Estas siglas admitirían una forma para el plural —SSEE o SEES—, pero el RESE y la DITSE utilizan la forma SE tanto para referirse al plural como al singular de esta expresión.

<sup>180</sup> Sin embargo, quizá por evitar litigios que podrían empañar la imagen del RESE tras su promulgación, se dispone que «las sociedades u otras entidades jurídicas registradas en un Estado miembro antes de la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento en cuyas denominaciones sociales figuren las siglas "SE" no estarán obligadas a modificar su denominación social» (art. 11.3 RESE) —pues parece perdido el caso en el que se quisiera prohibir a una sociedad el uso de las siglas SE en su denominación, si ya lo hacía antes de la entrada en vigor del RESE, salvo que se acudiese a razones de orden público o interés general y se impusiera autoritariamente por el legislador el cambio de denominación—. Esta condescendencia ha sido juzgada por algún autor como una muestra de desaliato del legislador comunitario de 2001, que contrasta con el arrojo y ambición reflejados en la Propuesta de 1970 (vid. Í. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1905).

Con acierto observa AGUILÓ PIÑA («La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1801) que habría «sido mucho más lógico limitar la exención de que se trata a las sociedades que ya hubieran existido con las referidas características en la fecha de publicación del Reglamento en el DOCE, mediante una norma de aplicación inmediata»; pues, desde la publicación hasta la entrada en vigor en 2004, pueden estar constituyéndose sociedades que inbayan dolosamente las siglas SE en su denominación y se favorezcan de la conoción del art. 11.3 del RESE.

<sup>181</sup> Art. 11 RESE.

SE se publicarán a título informativo en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* —la primera cursiva es nuestra—<sup>182</sup>.

i) *La estructura orgánica*

— En el Título III del RESE se regula la estructura orgánica de la SE<sup>183</sup>. Al referirnos ahora a los principios configuradores de este tipo societario, debemos mencionar ésta como una de sus singularidades, y como una expresión más de los compromisos a los que se hubo de llegar en la elaboración del Estatuto, pues es posible que la SE adopte tanto un sistema de gobierno o administración *monista* —que contempla la existencia tan sólo de un *órgano de administración*— como un sistema *dual* —comprensivo de un *órgano de control* y un *órgano de dirección*—<sup>184</sup>. Llamará la atención en cada Estado miembro que una SE adopte el sistema de gobierno distinto del regulado por el ordenamiento nacional. Y llama la atención, en todo caso, que la SE pueda adoptar indistintamente en sus estatutos cualquiera de los dos sistemas<sup>185</sup>. No obstante, hay que destacar que el RESE muestra su preferencia por el sistema dual.

j) *La implicación de los trabajadores en la gestión de la sociedad*

— Al igual que sucede con la estructura orgánica de la SE, la *implicación de los trabajadores* en la gestión social<sup>186</sup> es un dato definitorio de esta sociedad<sup>187</sup>, en cuanto elemento diferencial, del que carece el régimen de las sociedades anónimas de algunos Estados europeos.

Su inclusión en el Estatuto de la SE, como hemos tenido ocasión de ver, fue controvertida —para algunos Estados, no deseada—; pero, tras su integración en el Estatuto, constituye uno de sus claros rasgos identificadores.

— Desde un punto de vista teleológico, la implicación de los trabajadores en la gestión social puede considerarse un paso más en el secular proceso de democratización de la sociedad anónima. Con inde-

<sup>182</sup> Art. 14.1 RESE. Vid. G. PALAO MORENO, «Dimensión internacional de...», *op. cit.*, p. 133.

<sup>183</sup> Arts. 38 y ss. del RESE.

<sup>184</sup> Art. 38.b) RESE.

Cfr. J.-L. JORIS, «Will the European Company work?», *op. cit.*, p. 20.

<sup>185</sup> Como se deduce de la lectura del art. 43 del RESE (vid. Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1909).

<sup>186</sup> Vid. art. 14 RESE y Directiva 2001/86/CE.

<sup>187</sup> Cfr. Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1910.

pendencia de la resistencia que pueda generar esta decisión por lo que en sí misma significa<sup>188</sup>, resulta especialmente interesante advertir que la implicación de los trabajadores en la gestión social pone en relación los *derechos de los trabajadores* y el *derecho de propiedad* sobre los medios de producción que corresponde a quien ejerce la *libre iniciativa empresarial*<sup>189</sup>.

## V. EL REGISTRO Y LA PUBLICIDAD DE LA SOCIEDAD EUROPEA

— La Propuesta de 1970 preveía la creación de un Registro Europeo de Comercio, encomendado al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se haría cargo de la inscripción de la SE y de los hechos inscribibles relativos a ella<sup>190</sup>. El contenido del Estatuto de la SE ha ido vaciándose a lo largo de su dilatado proceso de elaboración, a raíz, en varios casos, de la constatación de diferencias irreconciliables en determinados aspectos del Derecho de sociedades de los Estados miembros. Esto ha llevado a afirmar que «el abandono del propósito de crear un registro único de sociedades anónimas europeas» es una lógica «consecuencia del abandono definitivo del modelo único de sociedad anónima» europea<sup>191</sup>. Y, sin dejar de ser esto cierto, bien se podría haber leído la frase invirtiendo los términos, si aquél hubiese llegado a ser el caso. No se llegó a plantear la gran dificultad que hubiese supuesto culminar la regulación de un Registro Europeo de Comercio, porque el rumbo del proceso de elaboración del Estatuto viró antes de enfrentarse con el grave problema que supone la armonización del Derecho registral de la Unión Europea.

— Como en otros aspectos, el Estatuto de la SE ha resuelto las cuestiones de carácter registral acudiendo a la *solución posible en el momento de su promulgación* y, en vez de elaborar un régimen registral uniforme, en los arts. 12, 13 y 14 del RESE remite, a efectos de ins-

<sup>188</sup> Pues sería espinoso pretender esclarecer si la oposición a la implicación de los trabajadores tiene su raíz en una voluntad de negarles, sin más fundamento, ese instrumento de defensa de sus intereses.

<sup>189</sup> Entran en juego derechos fundamentales —que constituyen además intereses de primer rango dentro del marco de la *economía social de mercado*— reconocidos por la Unión Europea —y en el caso de España, como en el de otros Estados miembros, amparados por la Constitución (arts. 33.1, 38 y 129.2 CE)—.

Vid. J. LUJÁN ALCARAZ, «La Directiva 2001/86/CE...», *op. cit.*, §§ 1 y 2.

<sup>190</sup> COM (1970) 600 final, considerando 11 y art. 8.

Vid. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Derecho Internacional del Registro Mercantil y la publicidad registral de la Sociedad Europea (*Societas Europaea*)», en *RDM*, núm. 248, abril-junio de 2003, p. 525.

<sup>191</sup> Cfr. Í. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1904.

cripción y publicidad, a los regímenes registrales de los distintos Estados miembros<sup>192</sup>, y determina en qué circunstancias debe proceder la SE a la inscripción registral.

### 1. El Registro Mercantil Europeo: ¿una asignatura pendiente o una meta inasequible?

— Es difícil pero no imposible regular una institución que desarrolle la función de Registro Mercantil Europeo<sup>193</sup>. Las particularidades de los ordenamientos nacionales comunitarios son muchas en esta materia y algunas afectan a piezas clave dentro de la dinámica de cada sistema registral.

Mientras no exista un sistema registral europeo, los problemas existentes deben resolverse acudiendo al llamado Derecho internacional del Registro Mercantil<sup>194</sup>. Tres son los principales problemas que se plantean en este ámbito<sup>195</sup>. Podemos denominarlos *hechos inscribibles internacionales*:

- que una persona física o jurídica extranjera esté directamente implicada en el hecho o negocio inscribible;
- que el propio título inscribible sea extranjero, pues su forma documental lo es;
- la movilidad transnacional de las sociedades<sup>196</sup>.

Del mismo modo que el problema de la nacionalidad de una sociedad se puede reducir a la determinación de la *lex societatis*, en materia registral internacional la cuestión se concreta en la fijación de la *ley registral aplicable a la sociedad*<sup>197</sup>. De esta cuestión pueden deducirse dos problemas fundamentales: la atribución de la *competencia registral*

<sup>192</sup> Esta remisión, efectuada por el art. 12.1 del RESE, no se fundamenta en la existencia de un Derecho registral europeo armonizado, sino que asume la dispersión que tal medida generará, y todo su apoyo se reduce a la invocación del art. 3 de la Primera Directiva 68/151/CEE.

<sup>193</sup> O, al menos, una entidad que centralice la información de los sistemas registrales de los Estados miembros.

<sup>194</sup> Cfr. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Derecho Internacional del Registro Mercantil...», *op. cit.*, p. 500, donde se define este Derecho como «aquella parte del Derecho conflictual (o Internacional Privado) cuyo objeto específico es el estudio de los problemas planteados por la inscripción de los empresarios que operan en el tráfico internacional en la correspondiente oficina registral (nacional)».

<sup>195</sup> Los tres afectan al régimen de la SE y han sido resueltos, más bien obviados, remitiendo al ordenamiento nacional del lugar donde radique el domicilio de la sociedad.

<sup>196</sup> Cfr. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Derecho Internacional del Registro Mercantil...», *op. cit.*, pp. 500-501.

<sup>197</sup> Entendiéndose por tal el «conjunto de normas, sustantivas y formales, que disciplinan su inscribibilidad en un determinado/s Registro/s Mercantil/es (o institución equivalente)» (cfr. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Derecho Internacional del Registro Mercantil...», *op. cit.*, p. 501).

*internacional y la elección del Derecho aplicable a la publicidad registral de los hechos registrales internacionales* <sup>198</sup>.

— Dentro del territorio de la Unión Europea es más asequible la construcción de un Derecho registral uniforme, pues no sólo se reduce el número de ordenamientos afectados, sino que existe una cierta aproximación entre ellos en materias, como el Derecho de sociedades, vinculadas a la actividad del Registro. No obstante, la situación actual, como punto de partida, no aporta muchos elementos para la formación de un futuro Derecho registral de la Unión Europea. Las principales carencias de esa situación son: la insuficiente armonización del Derecho registral europeo <sup>199</sup>; la necesidad de modernizar el Derecho registral existente <sup>200</sup>, y que el régimen de los sistemas registrales de los Estados comunitarios no prevé un tratamiento de los aspectos de Derecho registral internacional <sup>201</sup>.

En relación con esta tercera carencia, se pueden destacar tres problemas que merecerían una regulación uniforme: la elaboración de un procedimiento registral internacional, que permita la coordinación entre los sistemas registrales comunitarios; el establecimiento de unos principios comunes para la calificación registral internacional; la determinación de unos criterios homogéneos sobre las formalidades que debe reunir un documento inscribible, para que sea posible su admisión en el registro de cualquier Estado comunitario <sup>202</sup>.

<sup>198</sup> Y todavía se puede concretar más, mencionando cuestiones específicas que debe resolver el Derecho registral internacional, tales como: «i) la inscribibilidad de la entidad o de sus establecimientos (susceptibilidad de inmatriculación desde la perspectiva del perímetro subjetivo de la institución) (...); ii) el contenido registral (los hechos o negocios referentes a la entidad e inscribibles, obligatoria o voluntariamente, en el correspondiente Registro público); iii) la competencia territorial de las oficinas registrales (...); iv) los presupuestos-requisitos de la inscripción (...); v) los efectos de la misma; vi) el procedimiento registral» (cfr. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Derecho Internacional del Registro Mercantil...», *op. cit.*, pp. 501-502).

<sup>199</sup> Vid. un análisis de las diferencias existentes entre los Derechos registrales de algunos Estados miembros en B. KRAMM, *Handelsregister. Reformvorschlage unter Beruckichtigung des deutschen, franzosischen und englischen Systems*, Berlin, Baden-Baden, 1998.

<sup>200</sup> Ya que los escasos aspectos sobre los que se ha pronunciado el legislador comunitario en materia registral datan de 1968, fecha de publicación de la Primera Directiva 68/151/CEE, cuya reforma está prevista, con el fin de incorporar técnicas electrónicas en la gestión registral (vid. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Derecho Internacional del Registro Mercantil...», *op. cit.*, pp. 509-510).

<sup>201</sup> Cfr. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Derecho Internacional del Registro Mercantil...», *op. cit.*, pp. 513 ss.

<sup>202</sup> No todos los países admiten la inscribibilidad del documento extranjero —España sí lo hace, conforme a lo dispuesto en los arts. 5.3 del RRM y 36 y siguientes del RH— y, además, existen diferencias entre las particularidades del notariado latino y el notariado anglosajón (vid. M. REQUEJO ISIDRO, *Ley local y forma de los actos en el Derecho internacional privado español*, Madrid, 1998, pp. 118 ss.; V. FONT BOIX, V. L. SIMO SANTONJA, A. DE LA ESPERANZA y J. MADRIDEJOS-SARASOLA, «Sistemas jurídicos y documentos», en RDIV, 1982, pp. 51 ss., *apud* L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Derecho Internacional del Registro Mercantil...», *op. cit.*, pp. 521 y 523).



— Es evidente que, aunque el legislador haya decidido que el Estatuto de la SE no cuente con el apoyo de un Registro Mercantil Europeo, los problemas de falta de armonización a los que nos acabamos de referir siguen siendo un conflicto sin resolver. Además, la solución que el RESE ha dado a los aspectos registrales del régimen de la SE tiene defectos patentes, que generarán errores en su aplicación<sup>203</sup>. Estas circunstancias recomiendan que no se abandone el proyecto de conformar un sistema registral europeo coordinado. Uno de los primeros pasos debe ser la creación de una entidad que haga las veces de registro mercantil central y la elaboración de unos principios y procedimientos que permitan que los sistemas registrales de cada Estado miembro remitan la información a esa entidad centralizadora<sup>204</sup>. La futura consecución de una *espacio registral europeo* contribuirá al mejor desarrollo y aplicación del régimen de la SE.

## 2. El registro y la publicidad de la Sociedad Europea

— Como ya hemos observado, el RESE resuelve el tratamiento de los aspectos registrales del régimen de la SE remitiendo a la *ley registral* de la sociedad en cuestión, es decir, a la legislación del Estado miembro en el que la SE haya decidido establecer su domicilio social<sup>205</sup>. Hecha esta remisión, son muy pocas más las previsiones del RESE en materia registral<sup>206</sup>.

<sup>203</sup> *V. gr.*: el art. 11 del RESE no prohíbe que una SE domiciliada en un país comunitario tenga la misma denominación social que otra domiciliada en otro Estado de la Unión y las previsiones del RESE en materia registral no contemplan mecanismos para evitar esa duplicidad.

<sup>204</sup> En el Capítulo II del Segundo Informe Winter se mantiene que no es urgente la necesidad de centralizar el sistema registral europeo, pero se afirma la conveniencia de dar solución al problema en un futuro, pensando especialmente en las sociedades cotizadas.

Ya existen iniciativas de carácter privado que suponen una coordinación de los sistemas registrales. Merece ser mencionado el *European Business Registry (EBR)*, que, como muestra de su sintonía con los deseos de las autoridades comunitarias, cuenta con financiación de la Unión Europea. Tiene forma de agrupación europea de interés económico y ha constituido un portal único, cuya dirección es [www.ebr.org](http://www.ebr.org), en el que se facilita información registral de gran parte de los países comunitarios. El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España es socio de la referida AEIE (*vid. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Derecho Internacional del Registro Mercantil...», op. cit., p. 539*).

<sup>205</sup> *Cfr. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Derecho Internacional del Registro Mercantil...», op. cit., p. 528; G. PALAO MORENO, «Dimensión internacional de...», op. cit., p. 133.*

<sup>206</sup> Junto a los arts. 12, 13, 14 y 16.1 del RESE, cuyo contenido estudiamos a continuación, pueden destacarse también, por su especificidad, las normas de relevancia registral contenidas en otros artículos del RESE, como el 8.13 —la oponibilidad de la inscripción del traslado transnacional del domicilio social—, el 16.2 —la responsabilidad solidaria por actos en nombre de la SE antes de la inscripción—, el 25 —con motivo de los procedimientos control de la equidad de la relación de canje en la fusión de sociedades—, el 32 —el novedoso procedimiento de constitución de una sociedad por creación de una *holding*— y el 64 —las consecuencias de la inscripción en el supuesto de sociedad europea ficticiamente extranjera (figura también conocida en el Derecho internacional de sociedades como *pseudo-foreign corporation*. Sobre este fenómeno

Es en el art. 12.1 del RESE donde se dispone que toda «SE deberá estar registrada en el Estado miembro de su domicilio social en el registro que señale la legislación de ese Estado miembro a tenor del art. 3 de la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo»<sup>207</sup>.

— Una de las disposiciones más claras que realiza el RESE en materia registral es que la SE adquiere su *personalidad jurídica* en el momento de su inscripción —no en el de la posterior publicación del hecho inscrito—<sup>208</sup>.

— El legislador comunitario ha querido convertir el momento de la inscripción registral de la SE —fundamental, por ese carácter constitutivo— en el punto de su proceso de constitución en el que se compruebe si ha cumplido o no con las normas relativas a la implicación de los trabajadores en la gestión social. La admisión de la inscripción de la SE en el registro se condiciona a que se haya celebrado previamente un acuerdo de implicación de los trabajadores en virtud del art. 4 de la DITSE<sup>209</sup>. A estos efectos, se comprobará la concordancia entre los estatutos que se pretenden inscribir y las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores<sup>210</sup>. No obstante, se contempla la posibilidad de que, excepcionalmente, se practique la inscripción sin la celebración del referido acuerdo cuando:

— se ha decidido no iniciar las negociaciones o terminar las negociaciones ya iniciadas;

— haya expirado el período de negociaciones conforme al art. 5 de la DITSE sin que se haya celebrado ningún acuerdo, aplicándose, en consecuencia, las disposiciones de referencia del anexo de la DITSE<sup>211</sup>.

El art. 12.3 del RESE contempla una tercera excepción en esta materia. El art. 7.3 de la DITSE permite que un Estado miembro no aplique las citadas disposiciones de referencia en los supuestos de constitución de la SE por fusión. En este caso, la SE sólo podrá inscribirse

---

de especial relevancia, *vid.*, por todos, E. R. LATTY, «Pseudo-Foreign Corporations», *Yale LJ*, núm. 65, 1955, pp. 137 ss.— (*vid.* L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Derecho Internacional del Registro Mercantil...», *op. cit.*, p. 530).

<sup>207</sup> *Vid.* J. F. AGULÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, pp. 1854-1855; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 455; J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», *op. cit.*, p. 125.

<sup>208</sup> *Vid.* V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, pp. 455-456.

<sup>209</sup> Art. 12.2 RESE. *Vid.* V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 455; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 31; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 35.

<sup>210</sup> *Vid.* J. F. AGULÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1859; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 35.

<sup>211</sup> Art. 12.2 RESE. *Vid.* J. F. AGULÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1858; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 31; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 35.

en el registro si existe un acuerdo de implicación entre las partes, o bien si ninguna de las sociedades participantes en la fusión había estado sujeta antes a normas de participación de los trabajadores en la gestión social<sup>212</sup>.

— El art. 13 del RESE dispone que los actos y datos inscribibles relativos a la SE, que conforme a lo dispuesto en el Reglamento deban hacerse públicos, se publicarán de acuerdo con la legislación del Estado del domicilio social de la SE, ajustándose a las previsiones de la Primera Directiva 68/151/CEE<sup>213</sup>. Obviamente, también habrán de publicarse los datos que con carácter general exija a las sociedades anónimas el ordenamiento del Estado donde radique el domicilio de la SE<sup>214</sup>.

A estas disposiciones sobre publicidad de la SE el art. 14 del RESE añade la obligación de que *la inscripción, la baja y el traslado del domicilio de una SE se publique a título informativo en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas*<sup>215</sup>. Los datos necesarios para ésta, que podría llamarse «*publicación "bis"*»<sup>216</sup>, se comunicarán a la Oficina de Publicaciones Oficiales de la Comunidades Europeas en el mes siguiente a la publicación a que se refiere el art. 13 del RESE.

## BIBLIOGRAFÍA

*Vid.* la bibliografía de la parte II de este capítulo.

<sup>212</sup> *Vid.* M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>213</sup> *Vid.* J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1859; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>214</sup> *Vid.* art. 9.1.c).ii) RESE.

<sup>215</sup> *Cfr.* J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1859; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 456; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 31; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 35; G. PALAO MORENO, «Dimensión internacional de...», *op. cit.*, p. 133; J. J. SAGASTI AURRE-KOETXEA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», *op. cit.*, p. 126.

<sup>216</sup> *Cfr.* L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Derecho Internacional del Registro Mercantil...», *op. cit.*, p. 535, donde se comenta el dudoso acierto de este procedimiento.

## PARTE II

# RÉGIMEN ESPECÍFICO

Alfonso MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad San Pablo-CEU

Investigador Principal del Instituto de Estudios Europeos (IDEE)

**SUMARIO:** I. LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD EUROPEA, UNA OPERACIÓN CON DIMENSIÓN SOCIETARIA DOBLE.—1. Los presupuestos subjetivo, objetivo y formal de la constitución de la Sociedad Europea. La equivocada ausencia de un presupuesto funcional.—2. La Sociedad Europea en formación.—3. Las formas de constitución.—*a)* La constitución de una Sociedad Europea por fusión.—*b)* La constitución de una Sociedad Europea matriz.—*c)* La constitución de una Sociedad Europea filial.—*d)* La transformación de una sociedad anónima en Sociedad Europea.—*e)* La constitución de una Sociedad Europea unipersonal filial de otra Sociedad Europea preexistente.—II. LA HABILITACIÓN DE LA SOCIEDAD EUROPEA PARA EL TRASLADO TRANSNACIONAL DE SU DOMICILIO.—1. La determinación del domicilio social de la Sociedad Europea.—2. El traslado transnacional del domicilio social de la Sociedad Europea.—III. LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA SOCIEDAD EUROPEA.—1. Preliminar. El enfoque estructural y el enfoque funcional del gobierno de la Sociedad Europea: el gobierno de las grandes sociedades europeas.—2. El carácter multiforme de la estructura del gobierno de la Sociedad Europea: la posibilidad de escoger entre el sistema monista y el dual.—*a)* El sistema dual.—*a')* El órgano de dirección.—*b')* El órgano de control.—*b)* Sistema monista.—*c)* Normas comunes a los sistemas monista y dual.—3. La Junta General.—IV. LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA GESTIÓN SOCIAL.—1. Las distintas modalidades de implicación de los trabajadores ofrecidas por el Estatuto de la Sociedad Europea.—2. El procedimiento de negociación: la comisión negociadora y el acuerdo alcanzado entre ésta y los órganos

competentes de las sociedades participantes.—V. OTROS ASPECTOS DEL RÉGIMEN DE LA SOCIEDAD EUROPEA.—VI. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA

## I. LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD EUROPEA, UNA OPERACIÓN CON DIMENSIÓN SOCIETARIA DOBLE

— El proceso de constitución de la SE tiene una dimensión societaria doble. Por un lado, por supuesto, conduce al acto por el cual se constituye la sociedad pretendida. Pero, al mismo tiempo, es una operación societaria transnacional de reestructuración que implica y afecta a varias sociedades de nacionalidades distintas<sup>1</sup>. La constitución, primer acto de una SE que nace, es al tiempo una operación de otras entidades preexistentes —habitualmente, sociedades; en ocasiones, sociedades junto con otras entidades, y cabe la posibilidad de que el proceso se lleve a cabo sólo por entidades con naturaleza no societaria—.

La importancia de esta segunda dimensión queda claramente destacada en el considerando 10 del RESE, en el que se afirma que el «*objetivo esencial* que persigue el régimen jurídico de una SE requiere en todo caso (...) que pueda constituirse una SE tanto para permitir a sociedades de Estados miembros diferentes que se fusionen o creen una sociedad *holding*, como para ofrecer a sociedades y otras personas jurídicas (...) de Estados miembros diferentes la posibilidad de crear filiales comunes». Añade el considerando 11 del RESE que, con «este mismo espíritu, debe permitirse que una sociedad anónima pueda transformarse en SE sin pasar por la disolución»<sup>2</sup>.

### 1. Los presupuestos subjetivo, objetivo y formal de la constitución de la Sociedad Europea. La equivocada ausencia de un presupuesto funcional

— El procedimiento de constitución de la SE rompe con algunas ideas que se puedan tener *a priori* sobre la constitución de las sociedades. En primer lugar, podemos observar que no se puede constituir una SE *ex nihilo*<sup>3</sup>, sino que se debe partir de la preexistencia de otras sociedades o entidades interesadas en participar en el proceso de cons-

<sup>1</sup> Como veremos, de las cinco formas de constitución de la SE, cuatro están reservadas para las sociedades (arts. 2.1, 2 y 4 y 3.2 del RESE). Sólo excepcionalmente la constitución de la SE no será simultáneamente una operación societaria cuando en el supuesto de constitución de una SE filial (art. 2.3 RESE, en el que se permite la participación como promotoras tanto de sociedades como de otras entidades) no participen sociedades en la constitución de la SE.

<sup>2</sup> Vid. también considerandos 1, 2 y 3 del RESE.

<sup>3</sup> Cfr. J.-P. STORCK «Présentation de la Société Européenne...», *op. cit.*, p. 5; E. WYMERSCHE, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 140.

titudin. Como consecuencia de esta aclaración hemos de concluir, rompiendo con otra presunción, que entre los promotores de una SE *no puede encontrarse una persona física*<sup>4</sup>. Por no continuar expresándonos en clave negativa, podemos cambiar nuestro enfoque y, atendiendo a las especificidades de esta sociedad, hablar de los *presupuestos generales de la constitución de la SE*, distinguiéndolos por su carácter subjetivo, objetivo y formal.

A. Nos referimos primero al *formal*, lo que nos ayudará a exponer más claramente los otros presupuestos. La constitución de la SE debe ajustarse necesariamente a uno de los cinco modos o procedimientos establecidos en el RESE<sup>5</sup>. El art. 2 del RESE recoge cuatro, cada uno de los cuales es desarrollado en el Título II del RESE: por *fusión*, por *constitución de una sociedad matriz*, por *constitución de una filial común* y por *transformación* de una sociedad anónima preexistente de Derecho nacional. A éstos se añade un quinto, referido en el art. 3.2 del RESE: la *constitución de una SE unipersonal filial* de otra SE preexistente —que suscribe el 100 por 100 de las acciones de aquella—<sup>6</sup>.

B. El *presupuesto subjetivo* se traduce en dos exigencias.

— La primera se refiere al *tipo de entidades que puede constituir una SE*. Los promotores de la constitución de una SE sólo pueden ser determinadas sociedades y entidades referidas en el art. 2 del RESE.

En el caso de constitución por fusión, sólo podrán intervenir sociedades anónimas. Cuando el procedimiento es por constitución de una sociedad matriz pueden participar tanto sociedades anónimas como sociedades de responsabilidad limitada. Si se realiza por constitución de una filial común, los promotores, se dispone en el art. 2.3 del RESE, pueden ser las sociedades a que se refiere el párrafo segundo del art. 48 del Tratado —es decir, las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluidas las sociedades cooperativas—, así como otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al orde-

<sup>4</sup> Cfr. Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1908; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 32; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 20.

<sup>5</sup> Vid. R. LARGO GIL, «La constitución de la sociedad anónima europea...», *op. cit.*, pp. 120 ss., donde se analizan las pautas comunes o fases de cualquiera de estos procedimientos —*proyecto de constitución, decisión social sobre el proyecto y ejecución de la operación*—; Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional...*, *op. cit.*, p. 212; J.-L. JORIS, «Will the European Company work?», *op. cit.*, p. 20; G. PALAO MORENO, «Dimensión internacional de...», *op. cit.*, p. 133; A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 334; E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 140.

Vid. CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID (Centro Europeo de Información Empresarial), «Estatuto de la Sociedad Anónima Europea», en *Comunidad Europea Aranzadi*, núm. 12, diciembre de 2001, pp. 46 ss., donde se realiza un estudio descriptivo de estos procedimientos.

<sup>6</sup> Vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 452.

namiento jurídico de un Estado miembro —incluso las que no tengan finalidad lucrativa, pues el art. 48 del Tratado no dice nada al respecto—<sup>7</sup>.

No se explica la justificación que pueda tener esta decisión del legislador, que restringe, a unas sociedades sí y a otras no, la intervención en las distintas formas de constitución de la SE<sup>8</sup>. No se entiende, por ejemplo, el sentido de excluir a la sociedad de responsabilidad limitada del proceso de constitución por fusión, especialmente en aquellos casos en que esa sociedad estuviese llamada a extinguirse dentro del proceso de fusión<sup>9</sup>.

En cuanto a la exclusión de las personas físicas de cualquiera de los modos de constitución, parece que ninguna disposición del RESE impide, sin embargo, que, en un momento ulterior a la constitución, adquieran la condición de socio. Y, por la misma razón, otro tanto puede suceder con las sociedades de distinta naturaleza a las previstas por el art. 2 del RESE<sup>10</sup>. Esto, salvo que suponga una fisura imprevista por el legislador, hace más difícil todavía entender la lógica del RESE en la cuestión que nos ocupa.

— Hay una segunda exigencia desde el punto de vista subjetivo, consistente en que sólo podrán participar en la constitución de una SE sociedades de nacionalidad comunitaria —es decir, de nacionalidad de uno de los Estados de la Unión Europea—<sup>11</sup>. Cada vez que el art. 2 del RESE, en sus cuatro primeros números, se refiere a las sociedades que pueden constituir una SE, reitera la fórmula «constituídas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro»; y, en consonancia con los criterios de la *Sitztheorie*, que el RESE asume actualmente, añade en los cuatro supuestos que el domicilio social y la administración central deben estar «en la Comunidad».

<sup>7</sup> Vid. Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 32; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 20; R. LARGO GIL, «La constitución de la sociedad anónima europea...», *op. cit.*, p. 117; J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», *op. cit.*, p. 130.

<sup>8</sup> Vid. P. HOMMELHOFF, «Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung...», *op. cit.*, p. 280.

<sup>9</sup> Cfr. A. B. BEIGA COFO, «La Sociedad Anónima Europea y la fusión transnacional», en *Noticias UE*, núm. 229, 2004, p. 139; Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 20 —manifestando su opinión crítica respecto de la falta de acierto del RESE en este punto—.

<sup>10</sup> Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 21.

<sup>11</sup> Cfr. M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 32; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 21; J.-L. JORIS, «Will the European Company work?», *op. cit.*, p. 20; J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», *op. cit.*, p. 131.

Vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, pp. 451-452.

El art. 2.5 del RESE contempla una excepción a esta exigencia de observancia del principio de sede efectiva<sup>12</sup>. Se permite que los Estados miembros dispongan que una sociedad cuya administración central no esté en la Comunidad pueda participar en la constitución de una SE<sup>13</sup>. Para que así sea, esa sociedad debe cumplir con tres requisitos que aseguran su relación con el Derecho, el territorio y la economía de los Estados comunitarios: estar «constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro», tener «su domicilio social en ese mismo Estado miembro» y mantener «una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro»<sup>14</sup>.

C. Como *presupuesto objetivo*, el art. 2 del RESE dispone que la constitución de una SE siempre debe suponer una operación de carácter transnacional<sup>15</sup>.

En la constitución *por fusión* se exige que al menos dos de las sociedades implicadas estén sujetas a ordenamientos jurídicos de Estados miembros diferentes<sup>16</sup>. Para la constitución de una SE matriz<sup>17</sup> o una SE filial<sup>18</sup> es preciso que al menos dos de las sociedades promotoras estén sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros; o tengan una filial o una sucursal sujetas al ordenamiento de otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes. En la constitución de una SE por transformación, la sociedad que se transforma debe tener una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años<sup>19</sup>.

Parece que el fin buscado es asegurar que la SE sea una sociedad que desarrolla su actividad en la esfera supranacional<sup>20</sup>. Exigiendo la

<sup>12</sup> También se recoge esta excepción, destacando su importancia, en el considerando 23 del RESE.

<sup>13</sup> Vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 452, donde se hace mención del *Programa General de 1962 para la abolición de las restricciones a la libertad de establecimiento*.

<sup>14</sup> Cfr., para las palabras entrecuilladas, art. 2.5 RESE.

Vid. Í. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 21.

<sup>15</sup> Vid. M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 32; A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 334.

<sup>16</sup> Art. 2.1 RESE.

Ilustrando esta idea, se puede observar cómo, «por ejemplo, una sociedad española puede fusionarse con una sociedad francesa para constituir una SE en España, en Francia o en otro Estado miembro, pero no puede fusionarse con otra sociedad española para constituir una SE, ni en España ni en otro Estado miembro» (cfr. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 21; para un comentario crítico de los restantes criterios de transnacionalidad seguidos por el legislador en el art. 2 del RESE, y de su aparente falta de fundamento, ilustrado con supuestos concretos, *vid. op. ult. cit.*, pp. 21-22).

<sup>17</sup> Art. 2.2 RESE.

<sup>18</sup> Art. 2.3 RESE.

<sup>19</sup> Art. 2.4 RESE.

<sup>20</sup> Para la operativa intranacional ya existen los tipos societarios nacionales. El principio



plurinacionalidad de las entidades implicadas en el proceso de constitución, el legislador cree resolver que *ab initio* ya habrá en la SE actuación transnacional. Este requisito objetivo no parece la mejor forma de conseguir ese fin y, además, salta a la vista la facilidad con que se puede sortear, ajustándose a la letra del Reglamento, si los interesados pueden esperar dos años, al comienzo de los cuales constituyen en un Estado miembro distinto del suyo una filial o un establecimiento sin actividad.

El RESE debiera acudir a criterios funcionales para asegurar la vocación transnacional de la actividad de la SE —comprobando periódicamente que se cumple el ejercicio de esa actividad comercial de carácter pluriterritorial—. Es más fácil comprobar el cumplimiento del presupuesto objetivo requerido por el RESE, pues su constatación se realiza una sola vez, en el momento de constitución de la sociedad. Pero con la misma facilidad se vacía de contenido la *ratio legis*. Y no sólo con carácter previo, con la constitución anticipada de sedes o filiales de actividad nula, sino también *a posteriori*, por medio de lo que se ha llamado *uniterritorialidad sobrevenida*<sup>21</sup>. Acudiendo a una terminología análoga a la del régimen de la sociedad unipersonal, que naciendo pluripersonal puede sobrevenir unipersonal, se puede afirmar que nada impide en el Reglamento que una SE, constituida cumpliendo la pluriterritorialidad exigida en el art. 2 del RESE, devenga uniterritorial si se extinguen las filiales o se cierran los establecimientos que las promotoras tenían en otros Estados miembros. La SE podría mantener su condición de tal, sin cumplir con las previsiones que permitieron su constitución.

Justificando el escaso sentido que pueda tener el presupuesto objetivo, cabría decir que ayuda al presupuesto funcional a alcanzar su fin. Pero, en ocasiones, incluso entorpece la consecución de ese fin, porque puede suceder que, aunque los promotores de una SE tengan verdadera intención de desarrollar una actividad transnacional, no puedan constituir la sociedad mientras no cumplan el presupuesto objetivo<sup>22</sup>.

---

de subsidiariedad y la no concurrencia con los Derechos nacionales habrían impedido la promulgación del RESE, si éste creaba un tipo societario comunitario que atendiese a un fin ya resuelto por los ordenamientos nacionales (vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, pp. 21-22, con más indicaciones).

En relación con la proyección de la actividad de la SE fuera de los límites territoriales del Estado de su nacionalidad y el «componente de Derecho intercomunitario», vid. Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1908.

Vid. L. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA y A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional...*, *op. cit.*, pp. 210-211.

<sup>21</sup> Vid. Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1908.

<sup>22</sup> Mientras que, paradójicamente, sí podrían constituirla quienes lo hayan cumplido fraudulentamente por los medios a los que nos acabamos de referir, o quienes, cumpliéndolo lícitamente, no tienen intención de desarrollar posteriormente operaciones transnacionales.

## 2. La Sociedad Europea en formación

— Antes de la inscripción en el registro correspondiente del Estado miembro en el que la sociedad haya previsto establecer su domicilio, la SE no ha adquirido su personalidad jurídica<sup>23</sup>.

En la fase previa a ese momento, que es el constitutivo de la sociedad, los promotores han podido realizar actos en nombre de la futura SE. Lo ordinario y previsible es que, una vez inscrita, la SE asuma los derechos y obligaciones derivados de esos actos, pues se entiende que la SE estaba en formación cuando se realizaron, todavía no podía ser la titular, pero sería su beneficiaria y responsable.

No obstante, salvo pacto en contra<sup>24</sup>, si después de dicha inscripción la SE no asume «las obligaciones que se deriven de dichos actos, las personas físicas, sociedades u otras entidades jurídicas que los hayan realizado serán responsables solidarios de los mismos»<sup>25</sup>.

— En este aspecto el RESE sigue la línea trazada en el art. 7 de la Primera Directiva 68/151/CEE<sup>26</sup>. Para el esclarecimiento de esa responsabilidad solidaria y sus consecuencias habrá que acudir al ordenamiento del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio<sup>27</sup>.

## 3. Las formas de constitución

— Son bastantes las disposiciones relativas a la constitución de la SE, contenidas en el Título II del RESE, que se dedica en exclusiva a esta materia. Pero no son todas las necesarias para completar el proceso de constitución<sup>28</sup>. Por eso, en todo lo no previsto por el Regla-

---

A esto se puede añadir, como afirma GARCIMARTÍN, que este presupuesto «es discriminatorio: dos empresas españolas no pueden constituir una SE en Italia, pero una empresa española y una francesa sí». A lo que este autor añade que no encuentra «razones sustantivas de peso para justificar esta discriminación» (cfr. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 22).

<sup>23</sup> Art. 16.1 RESE, en relación con el art. 12 RESE.

<sup>24</sup> El art. 15 de la LSA española es más detallado que el art. 16 del RESE, y afirma que el pacto puede prever respecto de los actos en cuestión que su eficacia quede «condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad», con lo cual se protegen no sólo los intereses de la futura sociedad, sino también los de los que realizan dichos actos.

<sup>25</sup> Art. 16.2 RESE. Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 22.

<sup>26</sup> Vid. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Derecho Internacional del Registro Mercantil...», *op. cit.*, p. 530.

<sup>27</sup> Vid. M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>28</sup> Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 93.

mento habrá que acudir a «la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado en que la SE fije su domicilio social»<sup>29</sup>.

### a) *La constitución de una Sociedad Europea por fusión*

— Antes de que el RESE previera esta forma de constitución, el fin buscado con la fusión transnacional de sociedades exigía acudir a procedimientos indirectos, como la constitución de una filial común o el intercambio de participaciones<sup>30</sup>. La constitución de una SE por fusión facilita el grado máximo económico y jurídico de concentración de empresas —actualmente potenciado por la política comunitaria—, pues se desplaza a la nueva sociedad creada o a la absorbente el control de la actividad de las partícipes en la fusión<sup>31</sup>.

— La constitución de una SE mediante fusión —regulada en los arts. 17 a 31 del RESE— se puede llevar a cabo por cualquiera de los dos procedimientos reconocidos en la Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del art. 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas<sup>32</sup>: la *fusión por absorción*<sup>33</sup> y la *fusión por constitución de una nueva sociedad*<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Art. 15.1 RESE.

La mayoría de los estudios realizados hasta el momento tratan conjuntamente las distintas formas de constitución de la SE. Cada una de ellas dará lugar a estudios monográficos —como, en efecto, empieza a suceder (v. gr.: A. B. BEIGA COPO, «La Sociedad Anónima Europea y la fusión transnacional», en *Noticias UE*, núm. 229, 2004, pp. 133 ss.)—.

<sup>30</sup> Vid. Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907.

<sup>31</sup> Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 148.

<sup>32</sup> DO, núm. L 295, de 9 de octubre de 1978.

Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 149; C. FOUASSIER, «Le statut de la "Société européenne": un nouvel instrument juridique au service des entreprises», en *RMCUE*, núm. 445, febrero de 2001, p. 86; G. PALAO MORENO, «Dimensión internacional de...», *op. cit.*, p. 133; A. SCHULZ y K. ECKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 334; J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, «La constitución de la *Societas Europaea*-SE», *op. cit.*, p. 135.

<sup>33</sup> Arts. 3.1 de la Tercera Directiva 78/855/CEE y 17.2.a) RESE.

Conforme a este procedimiento, una o más sociedades transfieren todos sus derechos y obligaciones a una sociedad ya existente, que realiza una emisión de acciones de la que son titulares beneficiarios los accionistas de las sociedades transferentes, las cuales se extinguen como resultado del proceso (vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 452; A. SCHULZ y K. ECKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 334).

Vid. J. F. AGUIRÓ PIRA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1817, donde se observa cómo una primera lectura del art. 17 del RESE parece encajar la fusión por absorción.

<sup>34</sup> Arts. 4.1 de la Tercera Directiva 78/855/CEE y 17.2.b) RESE.

En la fusión por constitución de una nueva sociedad, dos o más sociedades transmiten todos sus derechos y obligaciones a una SE que constituyen. Las acciones de la nueva SE son suscritas con cargo a la aportación de sus antiguas acciones por los accionistas de las sociedades transmitentes y éstas se extinguen como resultado del proceso (vid. V. EDWARDS, «The European

Como sabemos, en principio, las *participes en la fusión* deben ser sociedades anónimas con nacionalidad de un Estado comunitario y, al menos, dos de ellas sometidas a ordenamientos de Estados diferentes<sup>35</sup>.

— El art. 19 del RESE admite que la fusión se pueda prohibir por una autoridad competente de los Estados miembros, cuando se considere oportuno por razones de interés público<sup>36</sup>. El RESE no indica en qué pueden consistir esas razones<sup>37</sup>. El mismo artículo prevé que la prohibición, en su caso, puede recurrirse por vía judicial.

— El *procedimiento de fusión*<sup>38</sup> exige en su primera fase, la llamada *preparatoria*, que cada sociedad participe elabore un *proyecto de fusión*<sup>39</sup>, en el que se recojan las menciones mínimas que detalla explícitamente el RESE<sup>40</sup>.

Las sociedades participes en la fusión publicarán en el boletín oficial del Estado miembro donde esté registrada cada una los datos básicos relativos a ellas exigidos por el RESE<sup>41</sup> y los que adicionalmente

---

company...», *op. cit.*, pp. 452-453; A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 334).

<sup>35</sup> Vid. J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1817, subrayando la imposibilidad de que se realicen fusiones mixtas; F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 89; A. DECOCQ y G. DECOCQ, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 93; J.-L. JORIS, «Will the European Company work?», *op. cit.*, p. 20; E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 140.

<sup>36</sup> Vid. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 89; J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», *op. cit.*, p. 136.

<sup>37</sup> Vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 453.

A pesar de la indefinición de la medida, se puede deducir que el legislador pretende calmar «los temores de los Estados miembros a ver emigrar a sus empresas» (desde economías más débiles o a sistemas tributarios más benévolos) (cfr. Í. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907).

<sup>38</sup> Vid. una referencia detallada de las normas que integran el régimen de la constitución de una SE por fusión en J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1819. Para un análisis detallado del régimen de este procedimiento, diferenciando las tres fases de un proceso de fusión —la *preparatoria*, la *decisoria* y la *de ejecución*—, con indicación de la normativa comunitaria aplicable y la correspondiente del ordenamiento español cuando fuese el caso, *op. cit.*, pp. 1820-1837.

<sup>39</sup> Arts. 5 y 6 de la Tercera Directiva 78/855/CEE.

Vid. A. B. BEIJA COFO, «La Sociedad Anónima Europea y la fusión...», *op. cit.*, p. 142; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 453; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 149; Í. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907; J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», *op. cit.*, p. 136.

Detalladamente, pero con carácter general, sobre el *proyecto* en la fusión internacional de sociedades anónimas, vid. J. J. PÉREZ MILLA, *Fusión internacional de sociedades anónimas...*, *op. cit.*, pp. 73 ss.

<sup>40</sup> Art. 20 RESE. Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 23; A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 335; J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», *op. cit.*, p. 136.

<sup>41</sup> Art. 21 RESE. Vid. J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, pp. 1828-1830; A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 335.

exija su propio régimen<sup>42</sup>. Destacarán especialmente en esa publicación las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores y *de los accionistas minoritarios*<sup>43</sup>.

El proyecto de fusión debe verificarse por uno o varios expertos independientes y habrá de elaborarse un *informe* único al respecto, o tantos informes cuantas sociedades se fusionan<sup>44</sup>.

Llegados a este punto, se entra en la segunda fase del procedimiento, o fase *decisoria*<sup>45</sup>. En ella la Junta General de cada una de las sociedades partícipes en la fusión debe aprobar el proyecto de fusión<sup>46</sup>. En este momento del proceso se decidirá sobre la implicación de los trabajadores, que tendrá como referente las disposiciones de la DITSE<sup>47</sup>. Es posible que el régimen al respecto sea diverso en unas y otras sociedades partícipes. En consecuencia, en previsión de una futura modificación no deseada de lo que se decida en la negociación de la fusión sobre implicación de los trabajadores, las Juntas Generales de cada una de las partícipes pueden reservarse la posibilidad de condicionar el registro de la SE a la ratificación expresa por ésta de las disposiciones acordadas sobre esta materia<sup>48</sup>.

La tercera y última fase es la de *ejecución*<sup>49</sup>. Previamente es preciso someter a control la legalidad de la fusión, lo que se efectuará distinguiendo dos ámbitos del proceso<sup>50</sup>. Por un lado, el control de la parte del procedimiento correspondiente a cada sociedad que se fusione se efectuará por un tribunal, un notario u otra autoridad competente de cada Estado miembro implicado, que expedirá un certificado acreditando concluyentemente el cumplimiento de los actos y trámites pre-

<sup>42</sup> Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 23.

<sup>43</sup> Vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 453; Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907.

<sup>44</sup> Art. 22 RESE.

Vid. J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1830; A. B. BEIGA COFO, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 146; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 453; Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, pp. 23-24; J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, «La constitución de la Societas Europaea-SE», *op. cit.*, p. 137.

<sup>45</sup> Vid. J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, pp. 1831-1832; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 149.

<sup>46</sup> Vid. A. B. BEIGA COFO, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 147.

<sup>47</sup> Vid. J.-L. JORIS, «Will the European Company work?», *op. cit.*, p. 21.

<sup>48</sup> Art. 23.2 RESE.

Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 24; J.-L. JORIS, «Will the European Company work?», *op. cit.*, p. 21.

<sup>49</sup> Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 149.

<sup>50</sup> Vid. J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, pp. 1833-1836.

vios a la fusión<sup>51</sup>. Por otro lado, el control de la parte del procedimiento correspondiente a la realización de la fusión y la constitución de la SE se efectuará por un tribunal, un notario u otra autoridad del Estado miembro del futuro domicilio de la SE, que examinará los certificados antes mencionados, que le remitirán al efecto las sociedades partícipes<sup>52</sup>.

La fusión y la constitución simultánea de la SE surten efecto el día en que se proceda a su inscripción registral<sup>53</sup>. Se dará publicidad de la fusión conforme a los procedimientos previstos por los ordenamientos de los Estados miembros de cada una de las sociedades partícipes, de acuerdo con lo previsto en el art. 3 de la Primera Directiva 68/151/CEE<sup>54</sup>. Realizada la fusión, surtirán efecto *ipso iure* todas las previsiones para ese momento contenidas en el proyecto de fusión y en las disposiciones normativas aplicables a la fusión<sup>55</sup>. Después de la inscripción registral de la SE, no podrá declararse nula la fusión; no obstante, la falta de control de legalidad de la fusión conforme a los arts. 25 y 26 del RESE podrá constituir una causa de disolución de la SE<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> Art. 25 RESE.

Vid. A. B. BEIGA COFO, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 148; F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 89; A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 94; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 149; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, pp. 24-25; J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», *op. cit.*, p. 140.

<sup>52</sup> Art. 26 RESE. Vid. A. B. BEIGA COFO, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 148; Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 25; J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», *op. cit.*, p. 141.

<sup>53</sup> Art. 27.1 RESE, en relación con art. 12 RESE.

Vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 453; A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 335.

Sobre la incompleta coordinación registral internacional de este procedimiento, vid. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Derecho Internacional del Registro Mercantil...», *op. cit.*, pp. 543-544, donde se observa que el RESE no dispone «expresamente que el registrador de origen (el del domicilio de la absorbida/s o de las extinguidas por fusión) se abstenga de cancelar —“dar de baja”— la sociedad inscrita en su registro hasta que se acredite que la fusión se inscribe. Tampoco se impone al registrador donde se inscribe la fusión que comunique de oficio al de las absorbidas o fusionadas el haberse inscrito la fusión».

<sup>54</sup> Art. 28 RESE.

<sup>55</sup> Distinguiéndose lo previsto para la fusión por absorción y lo contemplado para la fusión por creación (art. 29 RESE).

Vid. J. F. AGUIRÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, pp. 1836-1837; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 25.

<sup>56</sup> Art. 30 RESE. Vid. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 90; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 454.

## b) *La constitución de una Sociedad Europea matriz*

— En los arts. 32 a 34 del RESE se regula la constitución de una SE matriz<sup>57</sup>. Las sociedades que constituyen la SE matriz crean por ese acto un grupo de sociedades y pueden escoger la finalidad que tendrá la matriz: ya sea la simple inversión financiera —sin intervenir en la gestión de las participadas—, ya sea el desempeño de un verdadero papel de sociedad matriz, que dirige la actuación de las participadas<sup>58</sup>.

Pueden ser *promotoras* de esta forma de constitución sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada, siempre que, al menos, dos de ellas estén sujetas a distintos Derechos nacionales comunitarios o tuviesen, con al menos dos años de antelación, filiales o establecimientos sujetos al ordenamiento de otro Estado miembro<sup>59</sup>. Las sociedades que promuevan la constitución de la SE matriz, obviamente, *conservan su personalidad jurídica*<sup>60</sup>.

— El *procedimiento* de constitución requiere que cada sociedad promotora elabore un *proyecto de constitución*<sup>61</sup>. Éste incluirá un *informe* justificativo y explicativo de los aspectos jurídicos y económicos de la constitución, y que indique las consecuencias que tendrá para los socios y los trabajadores la constitución de la SE<sup>62</sup>; también se referirá en el proyecto el porcentaje mínimo de acciones o partici-

<sup>57</sup> La expresión utilizada por el RESE en la rúbrica de la Sección integrada por los referidos artículos es «Creación de una SE holding». En nuestra opinión, habría sido más acertado que la versión del RESE en cada lengua comunitaria utilizase el término con el que se denomina en el respectivo idioma a la sociedad *holding*. Nosotros nos referiremos a ella como SE *matriz* (en este mismo sentido, *vid.* J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1838 y *passim*).

*Vid.* G. PALAO MORENO, «Dimensión internacional de...», *op. cit.*, p. 133.

<sup>58</sup> *Vid.* F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 90.

<sup>59</sup> Art. 2.2 RESE. *Vid.* F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 90; D. DANTHINE y T. AFSCHRIFT, «La Sociedad Anónima Europea y la legislación sobre las Sociedades Holding en los Estados miembros», en *Noticias UE*, núm. 229, 2004, p. 5; A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 99; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 150; C. FOUASSIER, «Le statut de la "Société européenne"...», *op. cit.*, p. 86; J.-L. JORIS, «Will the European Company work?», *op. cit.*, p. 20; A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 335; E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 141.

<sup>60</sup> Art. 32.1 RESE. *Vid.* J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1838; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 149; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 26.

<sup>61</sup> *Vid.* J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1839; D. DANTHINE y T. AFSCHRIFT, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 6; A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 100; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 150; J. J. SAGASTI ALRREKOETXEA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», *op. cit.*, p. 143.

<sup>62</sup> *Vid.* D. DANTHINE y T. AFSCHRIFT, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 6.

paciones que deben aportar a la SE matriz los socios de las promotoras<sup>63</sup>.

Cada sociedad promotora dará *publicidad*<sup>64</sup> al proyecto de constitución de la SE matriz, por lo menos un mes antes de la fecha de la reunión de la Junta General que deba pronunciarse sobre la operación<sup>65</sup>.

Todos los proyectos deben ser verificados por varios expertos independientes o por uno solo, en función de lo que acuerden al respecto las promotoras, y se elaborarán, en consecuencia, varios o un informe único de los expertos para informar a los accionistas de las sociedades promotoras<sup>66</sup>. El informe hará mención expresa de las dificultades especiales de evaluación, indicará la razonabilidad de la relación de canje de las acciones o de las participaciones y si los métodos proyectados al efecto son adecuados en el caso concreto<sup>67</sup>.

Cada sociedad promotora debe aprobar en su Junta General la constitución de la SE matriz<sup>68</sup>.

Los socios de las entidades promotoras disponen de un plazo de tres meses<sup>69</sup> para comunicar su intención de aportar sus acciones o participaciones con miras a la constitución de la SE<sup>70</sup>. La constitución

<sup>63</sup> Art. 32.2 RESE. Vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 454; Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 27.

<sup>64</sup> De conformidad con «los procedimientos previstos por la legislación de cada Estado miembro, con arreglo al art. 3 de la Directiva 68/151/CEE» (art. 32.3 RESE).

Vid. D. DANTHINE y T. AFSCHRIFT, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 6; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 454; J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», *op. cit.*, p. 143.

<sup>65</sup> Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 150; Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907.

<sup>66</sup> Art. 32.4 RESE. Vid. D. DANTHINE y T. AFSCHRIFT, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 6; A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 100; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 150; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 27; J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, «La constitución de la «*Societas Europaea-SE*»», *op. cit.*, p. 143.

<sup>67</sup> Art. 32.5 RESE. Vid. J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1840; R. LARGO GIL, «La constitución de la sociedad anónima europea...», *op. cit.*, p. 127.

<sup>68</sup> Art. 32.6 RESE. Vid. J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1841; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 454; Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 27.

<sup>69</sup> Que comenzará el día en que se establezcan definitivamente las condiciones de constitución de la SE (art. 33.1 *in fine* RESE) (vid. J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1842; A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 101).

<sup>70</sup> Art. 33.1 RESE. Vid. D. DANTHINE y T. AFSCHRIFT, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 6; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 454; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 150; Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 27.



de la SE matriz sólo se podrá realizar si las acciones o participaciones aportadas por los socios superan el 50 por 100 de los derechos de voto permanentes de cada una de las sociedades que promueven la operación<sup>71</sup>.

La SE matriz queda constituida si, dentro del plazo de tres meses al que nos acabamos de referir, se aporta el porcentaje mínimo de acciones o de participaciones de cada sociedad promotora fijado en el proyecto de constitución y se cumplen todas las demás previsiones<sup>72</sup>. Si así sucede, se dará *publicidad* del hecho por todas las sociedades promotoras<sup>73</sup>. Desde esta publicación se abrirá un plazo de un mes para que los accionistas y tenedores de participaciones que no hubiesen comunicado su intención de aportar puedan hacerlo<sup>74</sup>. Cuantos finalmente hayan aportado recibirán acciones de la SE matriz<sup>75</sup>.

La *inscripción de la SE* sólo se podrá practicar si se acredita el cumplimiento de los trámites contemplados en el art. 32 del RESE y de las condiciones establecidas en el art. 33.2 del RESE<sup>76</sup>.

En consecuencia, conforme se entiende en el Derecho español con relación a la constitución de la sociedad anónima<sup>77</sup>, la constitución de la SE matriz tiene lugar tras esta inscripción registral, y no, como parece dar a entender el art. 33.2 del RESE, cuando se efectúe la aportación del porcentaje mínimo acordado de acciones o participaciones de cada sociedad partícipe.

### c) *La constitución de una Sociedad Europea filial*

— La SE filial común es un instrumento de colaboración entre varias sociedades, que les permite desarrollar una actividad conjunta

<sup>71</sup> Vid. A. SCHULZ y K. ECKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 335.

<sup>72</sup> Art. 33.2 RESE. Vid. A. SCHULZ y K. ECKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 335.

<sup>73</sup> Con «arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional del domicilio de cada sociedad que se hayan adoptado de conformidad con el art. 3 de la Directiva 68/151/CEE» (art. 33.3 RESE).

Vid. Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 27.

<sup>74</sup> Vid. D. DANTHINE y T. AFSCHRIFT, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 6.

<sup>75</sup> Art. 33.4 RESE.

<sup>76</sup> Art. 33.5 RESE. Vid. J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1843; A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 101.

Se observa *críticamente* en L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Derecho Internacional del Registro Mercantil...», *op. cit.*, pp. 544-545, que «el legislador comunitario se despreocupa de la constancia de la operación, una vez inmatriculada la nueva SE, en los registros de las sociedades participantes o en el de la matriz (...) aunque se ordena la publicidad del proyecto de creación de *holding* en todos los registros de las sociedades participantes en la operación (cfr. art. 32.3 RESE)».

<sup>77</sup> Art. 7.1, proposición segunda, LSA.

o disfrutar de economías de escala<sup>78</sup>. Los arts. 35 y 36 del RESE son los únicos que se dedican expresamente a la regulación de esta forma de constitución.

— El art. 35 del RESE se remite al 2.3, para recordar que las *promotoras* de la constitución de una SE filial pueden ser cualesquiera sociedades —sociedades civiles y sociedades mercantiles, incluidas las sociedades cooperativas— y otras entidades jurídicas de Derecho público o privado, añadiendo a esto la exigencia de que al menos dos de las promotoras estén sujetas al ordenamiento de Estados miembros distintos o tuviesen, con al menos dos años de antelación, una filial sujeta al ordenamiento de otro Estado miembro o una sucursal en el territorio de otro Estado miembro<sup>79</sup>.

— Por lo demás, la operación se regirá por las *disposiciones de Derecho nacional* que regulen la participación de las sociedades o entidades partícipes en la constitución de una filial en forma de sociedad anónima<sup>80</sup>.

#### d) *La transformación de una sociedad anónima en Sociedad Europea*

— Mientras que las modalidades anteriores de constitución de una SE potencian la vinculación de sociedades de distintos Estados miembros y la creación de grupos a nivel europeo, la transformación de una sociedad anónima en una SE permite la *adaptación de las empresas al ámbito comunitario*<sup>81</sup>.

— Dispone el art. 37 del RESE que tan sólo las sociedades anónimas pueden acudir a este procedimiento y transformarse en una SE<sup>82</sup>. Es criticable que se impida a otros tipos societarios transformarse en

<sup>78</sup> Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 148.

<sup>79</sup> Vid. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 90; Í. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907; C. FOUASSIER, «Le statut de la "Société européenne"...», *op. cit.*, p. 86; J.-L. JORIS, «Will the European Company work?», *op. cit.*, p. 20; G. PALAO MORENO, «Dimensión internacional de...», *op. cit.*, p. 133; J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», *op. cit.*, p. 146; E. WYMBERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 141.

<sup>80</sup> Art. 36 RESE. Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 102; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 455; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 151; A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 335.

En relación con la posibilidad de que la SE filial adopte la forma de *joint venture*, vid. J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1845, con más indicaciones.

<sup>81</sup> Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, pp. 149 y 151, destacando en este segundo lugar el carácter polémico de la inclusión de esta forma de constitución en el Estatuto de la SE, que se efectuó en la Propuesta modificada de 1991.

<sup>82</sup> Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 102; E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, p. 40; G. PALAO

SE, cuando sí que se prevé que puedan transformarse en sociedad anónima nacional, si a lo largo del proceso de transformación cumplen con las exigencias requeridas para la constitución de la sociedad anónima<sup>83</sup>. Se exige además que la sociedad que se transforma haya tenido, al menos durante dos años de antelación, *una filial sometida al ordenamiento de otro Estado miembro* —no basta, por tanto, una sucursal situada en otro Estado miembro—<sup>84</sup>.

La transformación no produce la disolución de la sociedad anónima ni la creación de una nueva persona jurídica<sup>85</sup>.

— La transformación es de carácter *nacional*, no internacional, pues la sociedad que se transforma en SE debe mantener su domicilio en el mismo Estado<sup>86</sup>. Pero nada impide que tras la transformación la SE realice un traslado de domicilio transnacional, gracias al régimen establecido *ad hoc* en el art. 8 del RESE.

— Para proceder a la transformación es preciso que el órgano de dirección o de administración de la sociedad elabore un *proyecto de transformación* y un *informe* explicativos y justificativos de los aspectos jurídicos y económicos de la transformación, e indicando las consecuencias que la transformación producirá en los socios y en los trabajadores<sup>87</sup>.

Un mes antes de la celebración de la Junta General que deba pronunciarse sobre la transformación debe darse *publicidad* al proyecto, según lo previsto en la legislación del Estado del domicilio de la socie-

MORENO, «Dimensión internacional de...», *op. cit.*, p. 133; E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 141.

<sup>83</sup> *Vid.*, en el ordenamiento español, art. 231 LSA.

<sup>84</sup> *Vid.* F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 91; C. FOUASSIER, «Le statut de la "Société européenne"...», *op. cit.*, p. 86; E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, p. 41; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 28; J.-L. JORIS, «Will the European Company work?», *op. cit.*, pp. 20-21.

<sup>85</sup> Art. 37.2 RESE. *Vid.* J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1848; A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 336.

<sup>86</sup> Art. 37.3 RESE. *V. gr.*: una sociedad anónima española no puede transformarse en una SE con domicilio en Holanda (*vid.* F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 91; E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, p. 41; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 28).

<sup>87</sup> Art. 37.4 RESE. *Vid.* A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 103; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 455; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 151; Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907; E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, p. 42; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 28; J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», *op. cit.*, p. 151.

dad que se transforma, y de conformidad con el art. 3 de la Primera Directiva 68/151/CEE<sup>88</sup>.

Antes de la referida Junta General se *verificará* por uno o más peritos independientes designados o autorizados, con arreglo a las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación del art. 10 de la Directiva 78/855/CEE, por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del domicilio de la sociedad que se transforma en SE, certificarán que la sociedad dispone de un patrimonio neto cuando menos igual al capital aumentado y a las reservas indisponibles<sup>89</sup>.

La Junta General debe aprobar el proyecto de transformación y los estatutos de la SE<sup>90</sup>. Los Estados miembros pueden condicionar la transformación a la obtención del voto favorable de una mayoría cualificada o incluso la unanimidad en el órgano en el que esté organizada la participación de los trabajadores de la sociedad que se transforma<sup>91</sup>.

La posición de los trabajadores, en términos laborales<sup>92</sup> —no ya en términos de su participación en la sociedad—, se respetará y se transferirá automáticamente a la nueva SE en virtud del acto de inscripción registral de la transformación de la sociedad y creación de la SE<sup>93</sup>.

<sup>88</sup> Art. 37.5 RESE. Vid. Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 28.

<sup>89</sup> Art. 37.6 RESE. Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 103; Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 28; A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 336; J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», *op. cit.*, p. 151.

<sup>90</sup> Art. 37.7 RESE. Vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 455, con indicación de las mayorías exigidas al respecto por la Tercera Directiva 78/855/CEE; Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907; E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, p. 42; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, pp. 28-29.

<sup>91</sup> Art. 37.8 RESE. Vid. J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1851, llamando la atención sobre el riesgo que entraña la exigencia de unanimidad; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 455; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 151; E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, p. 43; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 29; A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 336.

<sup>92</sup> Vid. J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1852, criticando que el RESE se refiera tan sólo a los efectos que produce la transformación en la esfera laboral, sin hacer mención de otro tipo de efectos; A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, pp. 104-105.

<sup>93</sup> Art. 37.9 RESE. Vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 455; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 151; E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima

e) *La constitución de una Sociedad Europea unipersonal filial de otra Sociedad Europea preexistente*

— Ésta es una quinta forma de constitución de la SE, contemplada en el art. 3.2 del RESE<sup>94</sup>.

— Tiene especial interés, por diferir de las otras formas no sólo por la singularidad de su presupuesto subjetivo, ya que en este caso la promotora de la SE filial es otra SE preexistente, sino, especialmente, porque no se exige de forma directa el presupuesto objetivo de transnacionalidad: se presume que, indirectamente, en la SE hay una dimensión multinacional —requerida en el momento de su constitución— y, quizá por esa razón, no se exige en este supuesto que se impliquen en la constitución de la SE filial entidades sujetas a ordenamientos de Estados miembros distintos<sup>95</sup>.

— Al ser un solo sujeto el que constituye la SE filial, la SE preexistente será el *socio único de la filial*<sup>96</sup>, que adopta la forma de *sociedad unipersonal*. En consecuencia, la SE filial unipersonal se registrará *mutatis mutandi* por la Duodécima Directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en materia de Derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único<sup>97</sup>, y no

---

Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, p. 43; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 29.

<sup>94</sup> Si bien puede considerarse una modalidad secundaria del tipo básico de constitución de una SE filial regulado en los arts. 2.3, 35 y 36 del RESE (*vid.* P. HOMMELHOFF, «Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung...», *op. cit.*, p. 280; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 28).

También se puede entender que, en vez de un modo *originario* de constitución de la SE, es un procedimiento *derivativo* (*vid.* Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907); pero si se dice de éste que es un modo derivativo, lo mismo debe decirse de los otros cuatro, pues el hecho de que en este caso la promotora sea una SE no modifica que en los restantes supuestos la SE también derive de la actuación de sociedades o entidades preexistentes.

*vid.* L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional...*, *op. cit.*, p. 213; J.-L. JORIS, «Will the European Company work?», *op. cit.*, p. 21; E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 141.

<sup>95</sup> Los mecanismos objetivos de aseguramiento de la transnacionalidad previstos por el RESE pueden entrar en crisis nuevamente en este supuesto; puesto que si en la SE constituyente de la filial se ha producido lo que antes denominábamos *uniterritorialidad sobrevenida*, la SE filial carecerá tanto directa como indirectamente de la transnacionalidad material con la que el RESE quiere revestir a la SE.

Esta circunstancia se suma a los argumentos antes referidos a favor de la introducción de un *presupuesto funcional*, que colabore a mantener la lógica que el legislador ha pretendido dar al Estatuto de la SE (*vid. supra* epígrafe I.1).

<sup>96</sup> Dicho de otro modo, la SE preexistente *participa íntegramente* en el capital de la SE filial (*cf.* Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1907; J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», *op. cit.*, p. 152; *vid.* A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 335).

<sup>97</sup> DO, núm. L 395, de 30 de diciembre de 1989.

*vid.* G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 151.

le serán aplicables las disposiciones del Estado miembro en el que radique su domicilio social que exijan que una sociedad anónima tenga más de un accionista<sup>98</sup>.

— La SE filial puede, a su vez, constituir otra SE filial unipersonal —íntegramente participada por ella—. En la medida en que esta operación puede repetirse tantas veces cuantas sea conveniente, esto permite la fácil formación de un grupo de escala europea<sup>99</sup>.

## II. LA HABILITACIÓN DE LA SOCIEDAD EUROPEA PARA EL TRASLADO TRANSNACIONAL DE SU DOMICILIO

### 1. La determinación del domicilio social de la Sociedad Europea

— En el art. 7 del RESE se dispone que el domicilio social —o *domicilio estatutario*— de la SE debe estar situado en el mismo Estado que su administración central —o *sede real*—. Además, es posible que cada Estado miembro exija, si lo considera oportuno, no sólo esa coincidencia dentro del territorio estatal, sino también que el domicilio y la sede coincidan en el mismo lugar físico<sup>100</sup>.

— La determinación del domicilio social tiene consecuencias de orden adjetivo y de orden sustantivo. En el primer sentido, indica qué tratamiento procesal debe darse a la SE<sup>101</sup>. Desde el punto de vista material, puede ser decisivo sobre la determinación de la *lex societatis*<sup>102</sup>: en el caso de la SE es así, pues gran parte de su régimen se integra con normas del ordenamiento del Estado en el que tenga su domicilio<sup>103</sup>. Esta opción del Estatuto de la SE por el principio de *sede real* es controvertida, pues las sentencias “Centros” y “Überseering”<sup>104</sup> parecen dejar zanjado el debate sobre la aplicación en el Derecho europeo de sociedades del criterio de la sede real, desaconsejándolo, por resultar contrario al principio de libre establecimiento. Tal vez por esa razón el art. 69.a) del RESE establece un plazo de cinco años tras la entrada en vigor del Reglamento, antes del cual la Comisión presentará un informe al Consejo y al Parlamento ana-

<sup>98</sup> Art. 3.2, proposición segunda, RESE.

Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 151; A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 336.

<sup>99</sup> Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, pp. 148-149.

<sup>100</sup> Art. 7, proposición segunda, RESE.

Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALPÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 15;

J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», *op. cit.*, p. 120.

<sup>101</sup> Competencia judicial internacional, domicilio a efectos de notificación, ejecuciones, etc.

<sup>102</sup> Vid. *supra* parte I, epígrafe IV.2.c).

<sup>103</sup> Vid. *supra* parte I, epígrafe III.3.

<sup>104</sup> La primera, anterior, y la segunda, posterior a la fecha de publicación del RESE.

lizando, entre otras cuestiones, la conveniencia de adoptar el criterio de la incorporación<sup>105</sup>.

— El RESE establece procedimientos de *control* de la efectiva coincidencia del domicilio estatutario y la sede real. *Ex ante*, dentro del proceso de constitución de la SE, las autoridades nacionales verificarán, cuando la sociedad vaya a inscribirse en el registro, que el domicilio social y la administración central están en el territorio del Estado en cuestión. *Ex post* se puede sancionar a una SE si traslada su sede real a otro Estado y mantiene su domicilio social en el originario. A este respecto, el art. 64.2 del RESE impone la liquidación de la SE que no regularice esta situación. Para regularizarla, el art. 64.1 del RESE ofrece dos alternativas: o bien *reimplantar la administración central* en el Estado miembro del domicilio<sup>106</sup>, o bien trasladar el domicilio social mediante el procedimiento previsto en el art. 8 del RESE.

## 2. El traslado transnacional del domicilio social de la Sociedad Europea

— La SE puede trasladar su domicilio social a otro Estado comunitario, sin que eso exija la disolución de la sociedad ni la creación de una nueva persona jurídica<sup>107</sup>. El art. 8 del RESE regula esta operación, que es un rasgo privilegiado de la SE frente a las sociedades nacionales y un logro del RESE dentro del Derecho europeo de sociedades<sup>108</sup>. Una SE puede trasladar *libremente* su domicilio social dentro

<sup>105</sup> Que resultará, quizá, de difícil asimilación en los países cuya tradición jurídica sigue el modelo de sede real, pero que generalizará una norma societaria en consonancia con los principios inspiradores del Derecho comunitario.

Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 15, donde se observa que el cambio al modelo de la incorporación «ofrecería una solución menos discriminatoria para las SE: carece de sentido que una sociedad nacional holandesa pueda fijar su administración central en Dinamarca, por ejemplo (...), pero que no pueda hacer lo mismo una SE domiciliada en Holanda. Y tiene menos sentido aún que esa sociedad holandesa pueda desplazar libremente sus oficinas centrales dentro de la Comunidad, pero que una SE no pueda hacerlo (ya que, si las saca de donde está domiciliada, deberá liquidarse...)».

<sup>106</sup> Con lo que, implícitamente, se está admitiendo que la SE desplace temporalmente su sede real a otro Estado miembro (cfr. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 16); y como nada se dice respecto al tiempo admitido por el RESE para que esta alternativa a la liquidación sea aplicable sin mayor sanción, podría entenderse que el plazo es indefinido —lo que resta bastante eficacia a lo dispuesto en el art. 7 del RESE—.

<sup>107</sup> Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONEX, *La transferencia internacional de sede social*, *op. cit.*, p. 196; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 456; G. PALAO MORENO, «Dimensión internacional de...», *op. cit.*, p. 133; L. A. VELASCO SAN PEDRO y J. M. SÁNCHEZ FELIPE, «La libertad de establecimiento...», *op. cit.*, p. 34; E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 143.

<sup>108</sup> Vid. E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, p. 44, donde se observa que, por esta razón, la aprobación del RESE

del territorio comunitario de cualquier país a cualquier otro; sin embargo, las sociedades anónimas nacionales, para poder trasladarlo, no sólo deben contar con que su ordenamiento —el del *país de origen*— contemple la posibilidad de *emigrar*, sino que, además, el ordenamiento del *país de destino* admita esa operación<sup>109</sup>.

— El traslado transnacional del domicilio produce un cambio importante en el régimen que hasta el momento del traslado se estuviere aplicando a la SE, pues, como sabemos<sup>110</sup>, el art. 9 del RESE dispone que los aspectos no contemplados en el propio RESE se registrarán por el ordenamiento del Estado del domicilio de la SE<sup>111</sup>. Este cambio puede perjudicar a los socios y a los terceros<sup>112</sup>.

Pensando en ese posible perjuicio, las prescripciones del art. 8 del RESE buscan, al mismo tiempo, no sólo hacer posible el traslado de domicilio de la SE, sino también amparar los intereses de los socios y de los terceros.

El *procedimiento* regulado por el art. 8 del RESE combina *normas uniformes*, aplicables a todo traslado de la SE, y *remisiones* a los ordenamientos nacionales aplicables a cada traslado específico, y como éstas, además de ser numerosas, afectan a aspectos esenciales del pro-

---

ha supuesto el término de «las negociaciones para aprobar la propuesta de Decimocuarta Directiva sobre traslado de la sede de las sociedades de un estado miembro a otro»; Í. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1908, donde se destaca que, hasta la promulgación del RESE, «resultaba difícil hablar con propiedad de un derecho de establecimiento primario y del que era más pertinente decir, como hacía la sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1988 (asunto 81/87, caso Daily Mail), que no atribuía «facultad alguna a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de uno de los Estados miembros y teniendo en él su sede estatutaria para transferir su centro de dirección a otro país miembro»»; M. MENUCCO, «La mobilité des entreprises», *op. cit.*, p. 217.

Sobre la doctrina del *libre establecimiento de las sociedades*, reconocida por el art. 58 (48) del Tratado CEE, *vid.* F. DÍEZ MORENO, *Manual de Derecho de la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 86 y 87.

<sup>109</sup> Pero, lamentablemente, «*apart from a very few exceptions, national company law rules are formulated in a domestic perspective, particularly as far as corporate concentration and mobility are concerned*» (la cursiva es nuestra) (cfr. J. WOUTERS, «European Company Law...», *op. cit.*, p. 290, con más indicaciones).

*Vid.* unos interesantes apuntes sobre las distintas formas de movilidad de las empresas —cambio de domicilio, constitución de establecimientos secundarios y, en cierta medida, fusión internacional de sociedades en M. MENUCCO, «La mobilité des entreprises», *op. cit.*, pp. 210-211; más ampliamente sobre el tema, M. MENUCCO, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, Paris, 1997.

*Vid.* los fundamentos del régimen del traslado de la sede social en el ordenamiento español, distinguiendo entre la posibilidad de que España sea el país de destino o el país de origen de la transferencia societaria, en G. PALAO MORENO, «Dimensión internacional de...», *op. cit.*, pp. 137-138.

<sup>110</sup> *Vid. supra* parte I, epígrafe III.3.

<sup>111</sup> *Vid.*, sobre el régimen de esta operación, P. BLANCO-MORALES LIMONES, *La transferencia internacional de sede social*, *op. cit.*, pp. 87 ss.; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión facilitadora», en *RdS*, núm. 16, 2001, pp. 107 ss.

<sup>112</sup> *Vid.* considerando 24 del RESE.



cedimiento, el éxito del traslado del domicilio social de la SE ha quedado confiado en gran medida a la autoridad de los Estados miembros<sup>113</sup>.

— El primer paso del proceso consiste en la elaboración de un *proyecto de traslado* por el órgano de dirección o de administración<sup>114</sup>. Entre las distintas menciones que se deben realizar en el proyecto debe incluirse la redacción modificada de los estatutos. A este proyecto se le dará la debida *publicidad*<sup>115</sup>.

Además, el órgano de dirección o de administración redactará un *informe* explicativo y justificativo de los aspectos jurídicos y económicos del traslado, exponiendo las consecuencias del traslado para los accionistas, los acreedores y los trabajadores<sup>116</sup>.

Un mes antes de la Junta General que deba pronunciarse sobre el traslado, los accionistas y los acreedores tienen derecho de examinar el proyecto y el informe<sup>117</sup>.

— Para la aprobación del traslado se debe alcanzar en la Junta General un acuerdo favorable con las mayorías necesarias para la modificación de estatutos<sup>118</sup>. La votación no podrá realizarse antes de que transcurran dos meses desde la publicación del proyecto<sup>119</sup>.

— Los Estados miembros pueden adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de los accionistas minoritarios que se hayan pronunciado contra el traslado de domicilio<sup>120</sup>.

La SE debe demostrar que también se han protegido los intereses de los *acreedores* —incluidos los organismos públicos— por obligaciones contraídas con anterioridad a la publicación del proyecto de tras-

<sup>113</sup> *Vid.*, críticamente, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 17.

<sup>114</sup> Art. 8.2 RESE. *Vid.* J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1805; E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, p. 47.

<sup>115</sup> La establecida en el art. 13 del RESE y la que prescriba el Derecho del Estado en el que la SE tenga su domicilio (art. 8.2 RESE).

<sup>116</sup> Art. 8.3 RESE. *Vid.* E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, p. 47.

<sup>117</sup> Art. 8.4 RESE. *Vid.* E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, p. 47.

<sup>118</sup> *Vid.* V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 456.

<sup>119</sup> Art. 8.6 RESE. *Vid.* J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1807; *vid.* E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, p. 48.

<sup>120</sup> Art. 8.5 RESE. En relación con el derecho de separación, como medio de defensa de estos accionistas, entiende GARCIMARTÍN que no está clara su oportunidad, pues puede acabar frustrando la operación y, en el caso de la SE, el socio debería contar con la movilidad dentro de Europa como un riesgo previsible y asumible (cfr. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 18).

lado o, si así lo disponen los Estados miembros, con anterioridad al propio traslado<sup>121</sup>.

— El cumplimiento de todos los actos y trámites exigidos para el traslado debe verificarse por un tribunal, un notario u otra autoridad del Estado miembro del domicilio social de la SE, que expedirá al respecto un *certificado acreditativo*<sup>122</sup>.

— La *inscripción* de la SE en el registro del país del nuevo domicilio sólo podrá hacerse previa presentación del certificado y tras cumplir los trámites requeridos para el registro en el país del nuevo domicilio<sup>123</sup>. El traslado surte efecto en la fecha de inscripción en el país de destino<sup>124</sup>.

Practicada esta inscripción, el registro del país de destino debe enviar una *notificación* al del país de origen. Al recibirla, el país de origen dará de «baja en el registro» a la SE<sup>125</sup>.

Estas disposiciones del RESE, cuidando la coordinación de las autoridades registrales en el ámbito internacional del traslado, buscan evitar dos consecuencias perjudiciales que un traslado de estas consecuencias puede provocar: la *apatridia registral* —resultado de un conflicto negativo de competencias, que da lugar al desentendimiento de ambos sistemas registrales respecto de la sociedad— y la *doble inmatriculación* —ocasionada por un conflicto positivo de competencias—<sup>126</sup>.

<sup>121</sup> Art. 8.7 RESE. Vid. E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, p. 47.

<sup>122</sup> Art. 8.8 RESE. Vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 456.

<sup>123</sup> Art. 8.9 RESE. Vid. E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, p. 48.

En este punto cobra especial importancia la labor de *calificación* de los documentos inscribibles que debe realizar al autoridad competente del país de destino antes de proceder a la inscripción registral —cuestión con relación a la cual nada dispone específicamente el RESE, por lo que habrá que estar a lo previsto en la Primera Directiva 68/151/CEE— (vid. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Derecho Internacional del Registro Mercantil...», *op. cit.*, pp. 548-550, comentando la solución prevista por el Derecho registral español, refiriendo la doctrina contenida en la RDGRN de 4 de febrero de 2000).

<sup>124</sup> Arts. 8.10 y 12 RESE. Vid. E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, p. 49.

<sup>125</sup> Art. 8.11 RESE. Vid. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Derecho Internacional del Registro Mercantil...», *op. cit.*, p. 542, donde se sugiere la mayor corrección de la expresión «cancelar la hoja abierta a la sociedad», frente a producir «la baja» —esta segunda, usada por el RESE—.

Para el traslado de la notificación puede seguirse el cauce establecido en el Reglamento (CE) 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y traslado de los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (vid. al respecto N. MARCHAL ESCALONA, *Garantías procesales y notificación internacional*, Granada, 2001, *apud* L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Derecho Internacional del Registro Mercantil...», *op. cit.*, p. 542).

Vid. J. J. SAGASTI AURREKOITXEA, «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», *op. cit.*, p. 123.

<sup>126</sup> Vid. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «El Derecho Internacional del Registro Mercantil...», *op. cit.*, p. 515.

En ambos Estados se *publicará*, de conformidad con el art. 13 del RESE, la inscripción y la cancelación registrales <sup>127</sup>.

— Como sucede en el procedimiento de fusión, el traslado transnacional del domicilio social de la SE puede ser *prohibido* por las autoridades nacionales del país de origen si existen *razones de interés público* <sup>128</sup>. Esta oposición estatal puede ser ejercida en el plazo de dos meses establecido por el art. 8.6 del RESE, que se computa desde la publicación del proyecto de traslado, y puede ser recurrida judicialmente.

También podrá impedirse el traslado si la sociedad es sujeto pasivo de un procedimiento de *disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos* u otros análogos <sup>129</sup>.

— El art. 8.16 del RESE termina las prescripciones relativas al traslado transnacional con una norma discutible. Establece que aunque una SE traslade su domicilio a otro Estado comunitario, respecto a cualquier reclamación que se suscitara con anterioridad a dicho traslado, se considerará que la administración central y el domicilio social siguen en el Estado de origen, incluso cuando la demanda contra la SE se interponga después del traslado.

El fin buscado por esta norma es amparar los intereses de quienes mantuvieron relación con la SE y generaron expectativas de poder acudir a la administración de justicia del Estado de origen de la SE en caso de conflicto —incluso también puede entenderse que esta norma busca frustrar la intención fraudulenta del traslado de una SE, cuya razón de ser consista precisamente en huir a otro foro antes de que se interponga una reclamación contra ella—. Pero el medio buscado por el legislador rompe innecesariamente con las reglas procesales vigentes <sup>130</sup>.

<sup>127</sup> Art. 8.12 RESE. Vid. J. F. AGUILÓ PIÑA, «La Sociedad Anónima Europea...», *op. cit.*, p. 1809; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 456; E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, p. 49.

<sup>128</sup> Art. 8.14 RESE. Vid. E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, p. 50; L. A. VELASCO SAN PEDRO y J. M. SÁNCHEZ FELIPE, «La libertad de establecimiento...», *op. cit.*, p. 36.

El RESE no se pronuncia, tan siquiera orientativamente, sobre qué se considera razones de interés público —*vid.* V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 456—. El fraude fiscal, como posible concreción de esta excepción de interés público, lleva a pensar en la vigencia parcial de los argumentos del caso "Daily Mail" (*vid.* Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1909).

<sup>129</sup> Art. 8.15 RESE. Vid. E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, p. 50.

<sup>130</sup> Entre las que cabe destacar, en el ámbito comunitario, el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

La modificación que el art. 8.16 del RESE establece supone violentar la determinación del *foro general* de la SE<sup>131</sup>, cuando se puede conseguir el mismo propósito por medio del *foro especial*<sup>132</sup> aplicable al hecho recurrido. Esto lleva a plantearse la conveniencia de interpretar el art. 8.16 del RESE *contra verba legem*<sup>133</sup>.

### III. LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA SOCIEDAD EUROPEA

— La SE consta de una Junta General de accionistas y una *estructura de gobierno*, que, en función de lo que se determine en los estatutos, puede adoptar dos formas posibles: la del sistema dual, consistente en un *órgano de control* y un *órgano de dirección*, y la del sistema monista, que se concreta en un *órgano de administración*<sup>134</sup>.

Estudiamos en primer lugar el gobierno de la SE y después nos referiremos a la Junta General.

#### 1. Preliminar. El enfoque estructural y el enfoque funcional del gobierno de la Sociedad Europea: el gobierno de las grandes sociedades europeas

— El Estatuto de la SE se ha ocupado del *enfoque estructural* del gobierno de la SE, resolviendo la difícil labor de encontrar una solución

*Contra* E. GARCÍA COSO, «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio...», *op. cit.*, pp. 51 y 52.

<sup>131</sup> El *foro general* es el del *domicilio de la SE*. Éste siempre debe determinarse prestando atención a la fecha de presentación de la demanda. Además, es un expediente procesal cuyo fin no es proteger las expectativas de los terceros, sino «reducir los costes de instrucción procesal (notificaciones, ejecuciones, etc.)» (cfr. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 19; *vid.* M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*, 2000, p. 267).

<sup>132</sup> Los *foros especiales* —*v. gr.*, los previstos en materia de obligaciones contractuales— sí se determinan para proteger las expectativas de los terceros y «se formulan por relación al momento en que surge la relación material con la sociedad y, por ello, no quedan afectados por desplazamientos domiciliarios posteriores» (cfr. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 19).

<sup>133</sup> *Vid.* F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 19.

<sup>134</sup> Art. 38 RESE. Para referirse conjuntamente al *sistema monista* y al *sistema dual*, tal vez lo más correcto sea decir que son formas de estructurar el *gobierno* de la sociedad, mejor que formas de estructurar la *administración*; pues, en el sistema dual, el llamado *órgano de control gobierna*, pero no *administra* —«no podrá ejercer por sí mismo el poder de gestión de la SE» (art. 40.1, proposición segunda, RESE)—, ya que esa labor está encomendada al *órgano de dirección*.

pacífica y, en cierta medida, armonizadora o, más bien, armónica al problema de la forma que deben adoptar los *órganos de gobierno* de la SE<sup>135</sup>.

— Pero, una vez adoptada la estructura de gobierno, comienza la *labor de gobierno*, que, en principio, resulta más compleja cuanto mayor sea el tamaño de la empresa explotada por la SE. Sabemos que la SE es una forma válida para las empresas de cualquier tamaño, pero que es especialmente apta para las grandes empresas, y que éstas han manifestado unánimemente su voluntad de recurrir a la SE para el ejercicio de su actividad<sup>136</sup>. Esto requiere estudiar el gobierno de la SE desde un *enfoque funcional* y así se viene haciendo durante décadas, dando lugar a esa parte de la dogmática y el Derecho societarios conocida como *gobierno corporativo*<sup>137</sup>.

— El Estatuto de la SE no se ocupa de esta dimensión del tipo que regula. En su articulado no se regula nada relativo al gobierno de las grandes sociedades que están llamadas a adoptar la forma de SE. Este modo de proceder es *acertado*; pues, tras una larga experiencia internacional en el estudio del *gobierno corporativo*, que ha dado lugar

<sup>135</sup> Vid. *infra* epígrafe III.2.

<sup>136</sup> Vid. *supra* parte I, epígrafe IV.2.d). En relación con la opinión favorable del legislador comunitario por la *configuración como SE de las sociedades cotizadas* —subtipo dentro de las grandes sociedades—, vid. COM (1998) 625 final, *op. cit.*, p. 8. Sobre el gobierno corporativo de estas sociedades, vid. Á. GARCÍA DE LA RASILLA Y PINEDA, «La administración de las grandes sociedades cotizadas en Bolsa. Del Informe Cadbury (1992) al Informe Aldama (2002)», en *AF*, núm. 90, 2003, pp. 31 ss.; F. SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, *El gobierno de las sociedades cotizadas y su control*, Madrid, 1996.

Por lo que se refiere a la necesidad de que se revisen las disposiciones nacionales sobre gobierno corporativo que supongan obstáculos para el desarrollo de un mercado financiero único, vid. COM (1999) 232, *op. cit.*, p. 14.

<sup>137</sup> Que puede concebirse en un sentido restringido, como los medios utilizados por los accionistas para maximizar la rentabilidad de su inversión influyendo en los administradores de la sociedad (vid. A. SCHLEIFER y R. VISHNY, «A survey of corporate governance», en *JF*, vol. 52, núm. 2, 1997, pp. 737 ss.; K. LANOO, «A european perspective on corporate governance», en *JCMS*, vol. 37, núm. 2, 1999, pp. 269 ss.); o en sentido amplio, como el ejercicio del poder de gestión en una sociedad mercantil (vid. A. RENÉRIOUX, «European Style of Corporate Governance at the Crossroads: The Role of Worker Involvement», en *JCMS*, vol. 40, núm. 1, 2002, p. 111). Este segundo es el más adecuado para la SE, en cuyos órganos de gobierno los miembros que los integran representan no sólo a la *propiedad de la empresa*, sino también a los *subajadores*. En esta línea, vid. K. J. HORT, «Corporate Governance: Aufsichtsrat oder Markt? Überlegungen zu einem internationalen und interdisziplinären Thema», en P. HOMMELHOFF, H. ROWEDDER y P. ULMER, *Max Hachengurg, Dritte Gedächtnisvorlesung 1998*, Heidelberg, 2000, pp. 9 ss.; *id.*, «Le gouvernement d'entreprise - Expériences allemandes et européennes», en *Rev. sociétés*, núm. 1 enero-marzo de 2001, pp. 4 ss.

Vid. una aproximación a los fundamentos conceptuales del gobierno corporativo y una breve referencia a las particularidades de esta disciplina en el contexto de algunas de las principales economías mundiales en A. S. SUÁREZ SUÁREZ, «De la *Corporate Governance* o el Gobierno de la Gran Empresa Moderna», en *AF*, núm. 90, 2003, pp. 113 ss.

a numerosos *códigos de buen gobierno* o *códigos éticos*<sup>138</sup> —algunos de ellos no han sido incorporados a los ordenamientos de los países que los elaboraban y otros se han convertido en normas de Derecho positivo<sup>139</sup>—, se considera que es mejor que las autoridades competentes difundan *principios orientativos*, que las sociedades puedan acoger de forma libre y flexible, en vez de imponer *normas obligatorias*, más difíciles de actualizar y, en última instancia, siempre expuestas a ser obviadas<sup>140</sup>.

No obstante, el buen gobierno de las grandes sociedades debe escribir sus próximas páginas teniendo presente el régimen de la SE; pues, aunque conviene que los principios del gobierno corporativo sean uniformes en el ámbito internacional —que es en el que habitualmente desarrollan su actividad las grandes empresas—, interesa atender también las particularidades de la actuación empresarial en aquellos mercados o zonas geográficas que tengan una identidad propia<sup>141</sup>. La SE crea una estructura de gobierno más homogénea para las empresas del mercado comunitario y esto demanda unos criterios específicos para el gobierno de las sociedades de esta región<sup>142</sup>. Sin podernos

<sup>138</sup> Vid. K. J. HORT, «Le gouvernement d'entreprise...», *op. cit.*, p. 3.

Vid. un rápido comentario de los Códigos de Buen Gobierno en Alemania (*Código Alemán de Gobierno Corporativo*, de 2001), España (*Código Olivencia*, de 1998, e *Informe Aldama*, de 2003), Estados Unidos (*Sarbanes-Oxley Act*, de 2002), Francia (*Informe sobre el Buen Gobierno Corporativo*, de 1999, y conclusiones sobre el *Buen Gobierno de las Empresas*, de 2003), Italia (*Código de Autodisciplina*, de 2002) y Reino Unido (*Código Combinado*, de 1998, derivado del informe final del *Hampel Committee*, sucesor de los anteriores informes *Greenbury* y *Cadbury*), en D. J. GARCÍA COTO y R. BLANCO DIEGO, «Códigos de Buen Gobierno en Europa y Estados Unidos. Especial referencia a los Códigos Olivencia y Aldama en España», en *AF*, núm. 90, 2003, pp. 49 ss.

<sup>139</sup> En relación con la traslación al ordenamiento jurídico español —modificando la LSA y la LMV— de los principios contenidos en el Informe de 8 de enero de 2003 de la Comisión Aldama —Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y Sociedades Cotizadas, creada mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de julio de 2002—, vid. R. MARTÍNEZ PARDO DEL VALLE, «Comentarios a la Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas», en *AF*, núm. 90, 2003, pp. 41 ss.

<sup>140</sup> Lo más prudente es que las autoridades comunitarias acudan, a lo sumo, a normativa de segundo orden o legislación blanda, como las recomendaciones, en vez de directivas (vid. Capítulo II del *Segundo Informe Winter*, donde se habla de *principios* versus *reglas*).

Vid. G. GUERRA MARTÍN, *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo*, Pamplona, 2003, p. 577, nota 86.

<sup>141</sup> Así se reclama en COM (1999) 232, *op. cit.*, p. 22.

Vid. A. RINAUDOUX, «European Style of Corporate Governance...», *op. cit.*, pp. 126 ss.

Sobre los principales modelos de gobierno corporativo, insistiendo en las diferencias entre el alemán y el anglosajón, vid. J. M. GARRIDO y Á. ROJO, «Institutional Investors and Corporate Governance: Solution or Problem?», en K. J. HORT y G. WYMEERSCH, *Capital Markets and Company Law*, Oxford, 2003, pp. 431 ss.

En relación con la influencia de la experiencia estadounidense en la reforma del modelo europeo de gobierno de las sociedades cotizadas, vid. G. GUERRA MARTÍN, *El gobierno de las sociedades cotizadas...*, *op. cit.*, pp. 529 ss.

<sup>142</sup> A este respecto, el Segundo Informe Winter hace referencia al informe encargado por la Comisión Europea al bufete norteamericano Weil Gotschall & Manges [*Comparative*

extender ahora sobre la cuestión, hemos de destacar que la *implicación de los trabajadores* en la gestión de la SE es una realidad, consagrada por la DITSE, que se convierte en seña de identidad del gobierno corporativo de este tipo de sociedades<sup>143</sup>. Las corrientes de pensamiento que parten de una visión restringida del gobierno corporativo, como la relación entre los gestores y la propiedad de las empresa, evaluada en función de la rentabilidad de los valores<sup>144</sup>, no son el mejor modelo para la SE. La SE debe gobernarse pensando no sólo en los accionistas, sino también en otros sujetos directamente relacionados con la actividad de la empresa<sup>145</sup> —si bien esta circunstancia recomienda que se cuide especialmente la transparencia al configurar las estructuras y los procedimientos de gobierno de la sociedad, para poder distinguir claramente cuál es la posición de la propiedad y cuál la del factor trabajo dentro de la corporación<sup>146</sup>—. El desarrollo de la dogmática del gobierno corporativo de las SE no puede dejar de contar con estas categorías.

---

*Study of Corporate Governance Codes Relevant to the European Union and its Member States* ([http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/company/news/corp-gov-codes-rpt\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/news/corp-gov-codes-rpt_en.htm)), en el que se destaca la multiplicidad de códigos de gobierno corporativo existentes en los Estados miembros y se recomienda que la intervención de las autoridades públicas, con el fin de conseguir que en cada Estado miembro haya un solo código de buen gobierno, que sirva como referencia para las sociedades de ese país y que facilite la coordinación entre los Estados comunitarios (vid. J. M. GARRIDO GARCÍA, «El Informe Winter...», *op. cit.*, pp. 132-133).

Vid. G. GUERRA MARTÍN, «Capítulo III (Gobierno societario) del Informe del Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades sobre un marco normativo moderno para el Derecho de Sociedades en Europa (Informe Winter), Bruselas, 4 de noviembre de 2002», en *RdS*, núm. 20, 2003, pp. 275 ss.

<sup>143</sup> Además, este rasgo coincide con uno de los *tres pilares normativos* de una concepción correcta del gobierno corporativo: el *Derecho de sociedades*, la *regulación del mercado financiero* y el *Derecho del trabajo* (vid. A. REBÉRIOUX, «European Style of Corporate Governance...», *op. cit.*, p. 126).

Vemos una concreción de ese triple fundamento del buen gobierno de la sociedad anónima —donde la *implicación de los trabajadores* desarrolla uno de los papeles protagonistas— en las reflexiones realizadas por HORT, cuando, al hablar del control interno de la sociedad, considera que es una labor que debe desarrollarse distinguiendo tres frentes de actuación: 1) el del *órgano de dirección* y el *órgano de control*, es decir, el de los *órganos de gobierno de la sociedad*; 2) la *co-gestión* y el *mercado de trabajo*, y 3) el de los *intermediarios financieros* (vid. K. J. HORT, «Le gouvernement d'entreprise...», *op. cit.*, p. 7-11).

Acerca del desarrollo de *prácticas comunes* en materia de gobierno de la empresa entre los *administradores* y los *representantes de los trabajadores*, vid. COM (1999) 232, *op. cit.*, p. 22.

<sup>144</sup> Es decir, la teoría del *shareholder value*.

<sup>145</sup> Éste es el *stakeholder approach* (vid. A. REBÉRIOUX, «European Style of Corporate Governance...», *op. cit.*, p. 132).

<sup>146</sup> COM (1999) 232, *op. cit.*, pp. 2 y 3, nota 5.

## 2. El carácter multiforme de la estructura del gobierno de la Sociedad Europea: la posibilidad de escoger entre el sistema monista y el dual

— En los orígenes del proceso de elaboración del Estatuto de la SE la forma de estructurar el gobierno de la sociedad era uno de los aspectos en los que más difícilmente se podía alcanzar consenso. En la Propuesta de 1970 y la de 1975 se pretendía ahormar el gobierno de la SE con el *modelo dual* de la sociedad anónima alemana<sup>147</sup>. Esta pauta no era bien recibida por los países en los que la concepción del órgano de administración social seguía una tradición *monista*<sup>148</sup>.

Si la Quinta Directiva sobre el Derecho de sociedades se hubiese llegado a promulgar antes que el Estatuto de la SE, la solución alcanzada por ella habría resuelto el problema y la SE habría podido adoptar la forma de gobierno regulada en el Derecho armonizado<sup>149</sup>; pero ese proyecto de Directiva está *en vía muerta*. No obstante, esa inexistencia de una Directiva societaria en materia de gobierno o administración, al margen de las consecuencias negativas que pueda haber provocado, ocasionó un efecto positivo sobre el régimen de la SE, pues se ha relativizado la importancia de contar con un modelo único de gestión de las sociedades europeas. Esta circunstancia, unida a la tendencia actual en materia de Derecho de sociedades, que busca una *flexibilidad* mayor de las normas societarias, primando la *autorregulación* —y que tiene su expresión paradigmática precisamente en los *códigos de conducta* y de *buen gobierno*— e, incluso, la *desregulación*<sup>150</sup>, ha llevado al legislador a aceptar un modelo multiforme de estructuración del gobierno de la SE, admitiendo que la forma escogida pueda seguir

<sup>147</sup> En la Propuesta de 1989, en cambio, se contemplaba una libertad absoluta de opción entre el sistema dual y el monista. La Propuesta de 1991 adopta una posición intermedia de elección limitada o restringida a los márgenes de opción que marque cada Estado para las SE domiciliadas en su territorio (vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, pp. 151 y 152).

<sup>148</sup> En el momento en el que se publicó el Estatuto de la SE, los países comunitarios con un *sistema monista* de gobierno de la sociedad anónima eran España, Finlandia, Grecia, Irlanda, Reino Unido y Suecia; existía un *modelo dual* en Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Italia y Luxemburgo; había un *modelo mixto o flexible* y, en cierta medida, asimilado al del Estatuto de la SE, en Francia, Holanda y Portugal (vid. P. J. PÉREZ PÉREZ, «Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea», en *Noticias UE*, núm. 229, 2004, pp. 94-96).

<sup>149</sup> Y ésta habría sido una materia más en la que el RESE habría remitido a lo establecido en el ordenamiento del Estado miembro del domicilio de la SE (vid. Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1909).

<sup>150</sup> La tendencia que referimos tiene como sujeto beneficiario a las grandes sociedades —especialmente, la sociedad cotizada— y, aunque la SE es una forma adecuada para sociedades de cualquier tamaño, como sabemos (vid. *supra* epígrafe IV.2.d)], la mayoría de las SE que se constituyan serán grandes empresas.



tanto el *modelo dualista* como el *monista*<sup>151</sup>; si bien, ha subsistido un vestigio de los orígenes de la elaboración del régimen de la SE, manifestado en una cierta preferencia del RESE por el sistema dual.

— La *preferencia por el sistema dual* se traduce en lo dispuesto en el art. 43.1 del RESE, conforme al cual todo Estado miembro puede estipular que, cuando la SE adopte el sistema monista, la efectiva administración ordinaria de la sociedad recaiga necesariamente sobre uno o más consejeros delegados<sup>152</sup>, relegando así la labor de los restantes a ejercer un mero *control* sobre los que *dirigen* el día a día de la sociedad. De esta forma se aproxima forzosamente la lógica del sistema monista a los principios del sistema dual<sup>153</sup>.

— Son los *promotores* de la SE los que optan en los *estatutos* entre el sistema dual o el monista<sup>154</sup>. Los legisladores no pueden imponer ninguno de los dos modelos a las SE domiciliadas en su territorio<sup>155</sup>.

Muy al contrario, los Estados miembros en cuyo ordenamiento no haya normas que contemplen uno de los dos sistemas, el dual o el monista, se encuentran ante la necesidad de adoptar medidas al respecto, para que las SE domiciliadas en su territorio puedan desarrollar cualquiera de las formas de gobierno que hayan escogido. El RESE se ha pronunciado de forma muy tímida al respecto, pues no establece claramente el *deber* de que los Estados incorporen a su ordenamiento normas alternativas a las que regulen el sistema nacional de gobierno de las sociedades —sea el dual, sea el monista—. Simplemente dispone que cada Estado miembro «podrá adoptar las medidas oportunas»<sup>156</sup>. Si un Estado no hace nada al respecto, las SE domiciliadas en él tendrán

<sup>151</sup> Art. 38.b) *in fine* RESE. Vid. J. M. GARRIDO GARCÍA, «El Informe Winter...», *op. cit.*, p. 123; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 151; P. J. PÉREZ PÉREZ, «Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea», *op. cit.*, p. 96.

<sup>152</sup> Esta delegación de facultades en uno o más administradores es una práctica habitual en los países de tradición monista, que en ocasiones se realiza por iniciativa de la propia sociedad [vid., en el Derecho español, art. 124.2.d) RRM]; sin embargo, la decisión del RESE de imponer que siempre deba hacerse esta delegación supone una falta de respeto hacia los principios del sistema monista y su libre aplicación (vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 153; Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1909).

<sup>153</sup> *V. gr.*: si Alemania estipula que en su territorio haya de procederse así, toda SE domiciliada en ese Estado, aunque opte por el sistema monista, habrá de gobernarse de un modo análogo al previsto por el sistema dual vigente para las sociedades nacionales alemanas. Así, aunque los fundadores de la SE hubiesen querido que la administración se ejerciese por todo el consejo de administración como órgano, ésta se verá forzosamente desplazada a uno o varios consejeros delegados (vid. Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1909).

<sup>154</sup> Art. 38.b) RESE. Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 31.

<sup>155</sup> Vid. P. J. PÉREZ PÉREZ, «Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea», *op. cit.*, p. 96.

<sup>156</sup> Arts. 39.5 y 43.4 RESE.

que resolver lo no previsto sobre esta materia en el RESE por medio de disposiciones estatutarias o por un reglamento de régimen interno, haciendo uso de la facultad que les confiere el art. 9.1.c).iii) del RESE, pero esta solución resulta insuficiente<sup>157</sup>.

— La opción entre uno u otro sistema de gobierno es independiente de que exista o no cogestión en la SE<sup>158</sup>; si bien en los casos en que haya participación de los trabajadores en la gestión social es más acorde optar por un sistema dual de gobierno. No obstante, el RESE prevé también la articulación de la participación de los trabajadores cuando la SE tiene un órgano único de administración<sup>159</sup>.

— La regulación de esta materia por el RESE se divide en tres secciones<sup>160</sup>: en primer lugar, trata lo relativo al sistema dual<sup>161</sup>; después se ocupa del sistema monista<sup>162</sup>, y en tercer lugar, se establecen unas normas comunes a los dos sistemas<sup>163</sup>.

#### a) *El sistema dual*

— Este sistema divide el gobierno de la sociedad entre dos órganos: el *órgano de dirección* y el *órgano de control*<sup>164</sup>. El primero está

<sup>157</sup> Vid. Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1909, donde, apelando a «la general obligación de adaptación de las legislaciones nacionales, para asegurar la plena efectividad del Reglamento, establecida en su art. 68», se considera que el RESE debiera haber impuesto a los Estados «la obligación de regulación» de esta cuestión.

En la misma línea, *vid.* G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 152, matizando —en nuestra opinión, con acierto— que bastaría con unas medidas de apoyo legal a las SE que opten por un sistema de gobierno distinto al del ordenamiento del Estado donde se domicilian, pero que no es políticamente conveniente que la envergadura de esas medidas constituya una reforma del Derecho aplicable a las sociedades nacionales.

<sup>158</sup> Vid. P. HOMMELHOFF, «Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung...», *op. cit.*, p. 282.

<sup>159</sup> Art. 43.2, proposición tercera, RESE.

<sup>160</sup> Vid. un estudio detallado del régimen en ellas contenido en G. ESTEBAN VELASCO, «Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea», en *REE*, núm. 29, septiembrediciembre de 2001, pp. 65 ss.

<sup>161</sup> Arts. 39 a 42 RESE.

<sup>162</sup> Arts. 43 a 45 RESE.

<sup>163</sup> Arts. 46 a 51 RESE.

<sup>164</sup> Sobre el régimen de este sistema en el Derecho alemán, el cual ha desplegado especial influencia en la configuración de esta forma de gobierno de la SE, *vid.* J. H. GEBLER, *Aktiengesetz Kommentar*, Neuwied, 2000-2003, §§ 76-117; K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed., Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, pp. 804 ss. y 819 ss.

En relación con la labor de estos dos órganos, desde un enfoque funcional, *vid.* K. J. HOPF, «Le gouvernement d'entreprise...», *op. cit.*, p. 7; *id.*, «The German Two-Tier Board (*Aufsichtsrat*). A German View on Corporate Governance», en K. J. HOPF y E. WYMEERSCH, *Comparative Corporate Governance - Essays and Materials*, Berlin, New York, 1997, pp. 3 ss.

Por lo que se refiere a la necesaria traslación de esta forma de gobierno societario al ordenamiento español, *vid.* M. J. MORILLAS JARILLO y K. GRECHENIG, «La administración de

subordinado al segundo y, en última instancia, el órgano de control está sometido al poder de la Junta General. El sistema dual busca delimitar las funciones del gobierno, distinguiendo entre la gestión —que desarrolla el órgano de dirección— y la supervisión y fiscalización —que se encomienda al órgano de control—. Ambos órganos asumen responsabilidad por sus funciones<sup>165</sup>, lo que supone más garantías frente a los socios y los terceros.

#### a') El órgano de dirección

— Sólo el órgano de dirección puede ejercer la *gestión de la sociedad*<sup>166</sup>. La subordinación del órgano de dirección al órgano de control se manifiesta no sólo en la supervisión que éste ejerce sobre aquél, sino también en la posibilidad de que los Estados o los estatutos establezcan categorías de operaciones de gestión respecto de las cuales los gestores deban pedir *autorización previa* al órgano de dirección —e incluso puede establecerse que sea el propio órgano de dirección el que disponga cuáles son esas categorías de operaciones—<sup>167</sup>.

— El *nombramiento* y la *revocación* de los miembros del órgano de dirección se realiza por el *órgano de control*<sup>168</sup>. No obstante, los Estados miembros pueden imponer o autorizar que en los estatutos se prevea que sea la Junta General la que nombre o revoque estos miembros —siguiendo, al efecto, las mismas normas previstas para las sociedades anónimas del Estado en el que esté domiciliada la SE—<sup>169</sup>. Esta posibilidad de retirar al órgano de control esta facultad y atribuirla a la Junta General se adecua mejor a la lógica de los países de tradición monista, donde se busca que la soberanía que ostenta la Junta no

---

la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español», en *DN*, núm. 145, 2002, pp. 1 ss.

<sup>165</sup> Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «Una aproximación a la estructura orgánica...», *op. cit.*, p. 69;

P. J. PÉREZ PÉREZ, «Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea», *op. cit.*, p. 99.

<sup>166</sup> Art. 39.1 RESE; en el art. 40.1 del RESE se prohíbe expresamente al órgano de control ejercer el poder de gestión de la SE.

El art. 39.1, proposición segunda, del RESE dispone que todo Estado miembro puede estipular que sea obligatorio conferir a uno o más consejeros delegados la responsabilidad de la administración corriente de la sociedad —introduciendo así un *filtro* más de control en la gestión de la sociedad—.

Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «Una aproximación a la estructura orgánica...», *op. cit.*, pp. 70 ss.

<sup>167</sup> Art. 48 RESE. Esta atribución, a favor del órgano de control, si bien no constituye ejercicio directo de la función de gestión, es una forma de conferirle un poder de decisión sobre la ejecución de los actos de administración próximo a ese ejercicio (vid. Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1910).

<sup>168</sup> Art. 39.2, proposición primera, RESE. Vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 457.

<sup>169</sup> Art. 39.2, proposición segunda, RESE. Vid. P. J. PÉREZ PÉREZ, «Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea», *op. cit.*, pp. 99 y 100.

resulte desplazada por la actividad de los órganos de gobierno de la sociedad.

Una manifestación de la separación de funciones buscada por el sistema dual es la *incompatibilidad* que es establecida respecto de cualquier persona para ocupar simultáneamente la posición de miembro del órgano de dirección y del órgano de control<sup>170</sup>. No obstante, se admite que si se genera una vacante en el órgano de dirección se ocupe el puesto por un miembro del órgano de control, pero sus funciones de miembro del órgano de vigilancia quedan en suspenso mientras desempeñe su labor en el órgano de dirección<sup>171</sup>.

## b') El órgano de control

— El órgano de control vigila la labor de gestión desarrollada por el órgano de dirección<sup>172</sup>.

— Los miembros del órgano de control son *nombrados* por la Junta General. No obstante, los que ocupen por primera vez ese puesto pueden haber sido designados en los *estatutos* al constituirse la SE<sup>173</sup>. Además, existe la posibilidad de que los *accionistas minoritarios* designen a sus representantes en ese órgano —conforme a los cauces previstos por el ordenamiento del Estado del domicilio de la SE—, e igualmente se prevé que los trabajadores, en su caso, puedan designar sus representantes en el órgano de control<sup>174</sup>. Aunque el RESE nada dice explícitamente respecto de la *revocación*, se presume que los mismos facultados para el nombramiento podrán denunciar el cargo.

— Para el ejercicio de su función, el órgano de control está facultado para solicitar la *información* que precise y realizar las *verificaciones* que considere. Con independencia de que fuese solicitada, el órgano de dirección debe enviar *trimestralmente* al órgano de control información sobre la marcha de los asuntos de la SE y su evolución pre-

<sup>170</sup> Vid. P. J. PÉREZ PÉREZ, «Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea», *op. cit.*, p. 100.

<sup>171</sup> Art. 39.3 RESE. Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 153.

<sup>172</sup> Art. 40.1 RESE. Vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 457; G. ESTEBAN VELASCO, «Una aproximación a la estructura orgánica...», *op. cit.*, p. 75.

<sup>173</sup> Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 112; G. ESTEBAN VELASCO, «Una aproximación a la estructura orgánica...», *op. cit.*, p. 77; P. J. PÉREZ PÉREZ, «Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea», *op. cit.*, p. 101.

<sup>174</sup> Art. 40.2 RESE. Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 112; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 153; *id.*, «Una aproximación a la estructura orgánica...», *op. cit.*, p. 77; Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1910.

visible; además, comunicará en cuanto proceda cualquier otro hecho relevante relativo a la SE <sup>175</sup>.

— El órgano de control designará de entre sus miembros a un *presidente*. Pero, si la mitad de los miembros del órgano de control hubiesen sido designados por los trabajadores, sólo podrá ser elegido presidente un miembro designado por la Junta General <sup>176</sup>. Esta medida busca respetar y amparar los intereses del capital dentro de la sociedad, cuya creación es fruto de la iniciativa de los socios.

## b) *Sistema monista*

— Sólo a partir de la Propuesta de 1989 se admitió la posibilidad de que la SE fuese administrada conforme a un sistema monista. Después de distintas fórmulas, que amortiguaban las consecuencias de la aplicación de este sistema en su forma más pura <sup>177</sup>, la solución definitiva, como sabemos, admite que la SE opte por un órgano de administración único, si bien los Estados miembros pueden disponer que sea obligatorio delegar los poderes de gestión en uno o varios miembros de ese órgano, de modo que los restantes se ven forzosamente convertidos en *supervisores* de la labor de los delegados <sup>178</sup>. El número de miembros del órgano de administración se fijará en los estatutos; no obstante, cada Estado miembro puede fijar un número mínimo y un número máximo de miembros de ese órgano. Cuando en la SE exista participación de los trabajadores, organizada conforme a la DITSE, el número mínimo de miembros del órgano de administración será tres <sup>179</sup>.

— El *nombramiento* del miembro o miembros del órgano de administración corresponde a la Junta General <sup>180</sup>. Al igual que como se prevé en relación con el nombramiento de los miembros del órgano

<sup>175</sup> Art. 41 RESE. Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, op. cit., p. 113; G. ESTEBAN VELASCO, «Una aproximación a la estructura orgánica...», op. cit., p. 76; P. J. PÉREZ PÉREZ, «Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea», op. cit., p. 101.

<sup>176</sup> Art. 42 RESE.

<sup>177</sup> Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», op. cit., p. 153, donde se refieren las distintas opciones sugeridas a lo largo de la elaboración del Estatuto del RESE.

Respecto a la posibilidad de alcanzar los fines del sistema dual por medio del sistema monista de gobierno de la sociedad, vid. el capítulo titulado «Hacia la búsqueda de la coordinación entre las funciones ejecutivas y la existencia de un control del poder de decisión» en F. SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, *El gobierno de las sociedades cotizadas...*, op. cit., pp. 313 ss.

<sup>178</sup> Art. 43.1 RESE.

<sup>179</sup> Art. 43.2, proposición segunda, RESE. Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, op. cit., p. 113; P. J. PÉREZ PÉREZ, «Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea», op. cit., p. 101.

<sup>180</sup> Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, op. cit., p. 113; V. EDWARDS, «The European company...», op. cit., p. 457; G. ESTEBAN VELASCO, «Una aproximación a la estructura orgánica...», op. cit., p. 88.

de control en el sistema dual, puede designarse en los estatutos a quienes ocupen por primera vez el puesto de miembros del órgano de administración al constituirse la SE. También se contempla la posibilidad de que los accionistas minoritarios designen a sus representantes en el órgano de administración —siguiendo, al efecto, los cauces previstos por el ordenamiento del Estado del domicilio de la SE—, e igualmente se prevé que los trabajadores, cuando participen en gestión de la SE, puedan designar sus representantes en el órgano de administración<sup>181</sup>.

— En cuanto a su funcionamiento interno, deberá reunirse con periodicidad, al menos, *trimestral*, para decidir acerca de la marcha de los asuntos de la SE y su evolución previsible<sup>182</sup>.

El propio órgano de administración elegirá a su *presidente* de entre sus miembros. Cuando la mitad de los miembros hayan sido designados por los trabajadores, el presidente sólo podrá ser designado por la Junta General<sup>183</sup> —repiitiéndose así la misma medida de protección de los intereses de los socios, prevista también en el régimen del sistema dual—.

### c) *Normas comunes a los sistemas monista y dual*

— Las normas contenidas en los arts. 46 a 51 del RESE son aplicables indistintamente a los dos sistemas de organización del gobierno de la SE<sup>184</sup>. Complementan lo establecido con carácter específico para cada sistema, pero no completan su régimen, que, como sabemos, debe integrarse con las normas que resulten aplicables de acuerdo con lo dispuesto en el art. 9 del RESE.

— El *plazo* para el desempeño del cargo de los miembros de los órganos de gobierno debe recogerse en los *estatutos*, y no puede exceder de *seis años*, aunque es renovable una o más veces, salvo disposición estatutaria en contra<sup>185</sup>.

<sup>181</sup> Art. 43.3 RESE. Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 153; *id.*, «Una aproximación a la estructura orgánica...», *op. cit.*, p. 89; Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1910.

<sup>182</sup> Art. 44 RESE. Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 114; G. ESTEBAN VELASCO, «Una aproximación a la estructura orgánica...», *op. cit.*, pp. 87 y 88.

<sup>183</sup> Art. 45 RESE. Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 113; P. J. PÉREZ PÉREZ, «Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea», *op. cit.*, p. 102.

<sup>184</sup> Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 114.

<sup>185</sup> Art. 46 RESE. Vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 457; G. ESTEBAN VELASCO, «Una aproximación a la estructura orgánica...», *op. cit.*, p. 89; P. J. PÉREZ PÉREZ, «Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea», *op. cit.*, p. 102.

— Los miembros de estos órganos pueden ser *personas jurídicas*; pero, en ese caso, es obligatorio designar como representante una *persona física* para que ejercite las funciones propias del cargo <sup>186</sup>.

El RESE recoge algunas disposiciones relativas a las condiciones para la *elegibilidad* de los miembros de los órganos de gobierno, y *prohibiciones* al respecto, remitiendo, para detallar estas cuestiones, al ordenamiento del Estado del domicilio de la SE <sup>187</sup>.

— Los miembros de los órganos de una SE están sometidos a un *deber de secreto*, que les afecta incluso después de cesar en el ejercicio de su cargo <sup>188</sup>.

— Poco es lo dispuesto por el RESE en relación con los *aspectos organizativos internos* de los órganos de gobierno de la SE, por lo que se regirán fundamentalmente por las normas aplicables a las sociedades anónimas nacionales del Estado donde radique el domicilio de la SE y por las eventuales disposiciones legales que adopte ese Estado miembro específicamente para la SE. El RESE regula algunas cuestiones relativas a *quórum* y *mayorías* precisos para la *toma de decisiones* <sup>189</sup>. A este respecto, el RESE protege una vez más los intereses de los socios, en esta ocasión por medio del voto de calidad del presidente de cada órgano en caso de empate, cuando la mitad de un órgano de gobierno esté compuesta por representantes de los trabajadores <sup>190</sup>.

— La *responsabilidad* de los miembros de los órganos de gobierno se resolverá conforme a las disposiciones del Estado miembro donde esté domiciliada la SE aplicables a las sociedades anónimas <sup>191</sup>.

<sup>186</sup> Art. 47.2 RESE. Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «Una aproximación a la estructura orgánica...», *op. cit.*, p. 90; I. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1909.

<sup>187</sup> Art. 47.2 y 3 RESE. Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 33; P. J. PÉREZ PÉREZ, «Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea», *op. cit.*, p. 103.

<sup>188</sup> Art. 49 RESE. Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 114; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 457; G. ESTEBAN VELASCO, «Una aproximación a la estructura orgánica...», *op. cit.*, p. 93.

<sup>189</sup> Art. 50 RESE. Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 153; *id.*, «Una aproximación a la estructura orgánica...», *op. cit.*, p. 93; P. HOMMELHOFF, «Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung...», *op. cit.*, p. 284.

<sup>190</sup> El RESE menciona explícitamente sólo el órgano de control, pero debiera hacer referencia también al órgano de administración (vid. art. 50.2 RESE).

<sup>191</sup> Art. 51 RESE. Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 114; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, pp. 33-34; P. J. PÉREZ PÉREZ, «Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea», *op. cit.*, p. 103.

### 3. La Junta General

— El RESE presta cierta atención la Junta General<sup>192</sup>, si bien se rige fundamentalmente por remisión a las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas del país en el que radique el domicilio de la SE<sup>193</sup>.

— Es importante destacar la incidencia que tienen sobre la Junta General de la SE las normas previstas en la DITSE. En concreto, puede influir en sus facultades de elección de los miembros del órgano de control y del órgano de administración<sup>194</sup>.

— El RESE dicta normas relativas a las *competencias* de la Junta General<sup>195</sup>; la *periodicidad* de sus reuniones y su *convocatoria*<sup>196</sup>; el *orden del día*, el desarrollo de las *deliberaciones* y las *mayorías* precisas para la adopción de acuerdos<sup>197</sup>.

## IV. LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA GESTIÓN SOCIAL

— No todos los Estados miembros que intervinieron en la redacción del Estatuto de la SE contemplaban en su ordenamiento la participación de los trabajadores en la gestión de la sociedad anónima<sup>198</sup>.

<sup>192</sup> Arts. 52 a 60 RESE. Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 115; G. ESTEBAN VELASCO, «Una aproximación a la estructura orgánica...», *op. cit.*, p. 95 ss.

<sup>193</sup> Art. 53 RESE. Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 115; Í. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1909; P. J. PÉREZ PÉREZ, «Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea», *op. cit.*, p. 97.

<sup>194</sup> Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 154.

<sup>195</sup> Art. 52 RESE. Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 34; P. J. PÉREZ PÉREZ, «Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea», *op. cit.*, p. 97.

<sup>196</sup> Arts. 54 y 55 RESE. Vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 458; P. J. PÉREZ PÉREZ, «Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea», *op. cit.*, p. 97; J. A. ROMERO FERNÁNDEZ, «La convocatoria de junta general de la Sociedad Anónima Europea con domicilio en España», en *DN*, núm. 142, 2002, pp. 12 ss.

<sup>197</sup> Arts. 56 a 60 RESE. Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, pp. 116-117; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, pp. 34-35.

<sup>198</sup> Si existía un régimen de participación en Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Holanda, Luxemburgo y Suecia; no lo había en Bélgica, España, Francia, Grecia, Italia, Irlanda, Portugal y Reino Unido.

Vid. un breve comentario de los sistemas de participación laboral de Alemania, España, Francia, Italia, Suecia y Reino Unido en F. SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, *El gobierno de las sociedades cotizadas...*, *op. cit.*, pp. 382-400.

En relación con el modelo de gestión más distante del aplicado hasta el momento entre nosotros, vid. K. J. HORT, «Labor representation on corporate boards: impacts and problems



Este hecho, que, como hemos visto, fue un escollo difícil de salvar durante la elaboración del Estatuto de la SE<sup>199</sup>, ha condicionado el régimen que finalmente se le ha dado en la DITSE y en aquellos artículos del RESE que tratan de esta materia<sup>200</sup>.

Esos antecedentes se manifiestan en los amplios *márgenes de libre actuación* que se confieren a las sociedades partícipes en la creación de una SE para que decidan sobre la configuración de la implicación de los trabajadores<sup>201</sup> —se puede afirmar que la DITSE adopta un *principio de neutralidad*, pues no impone ningún régimen concreto—<sup>202</sup>. Otra expresión de la atención que el Estatuto de la SE presta al carácter diverso de los ordenamientos de los Estados comunitarios es el afán por evitar que la constitución de una SE pueda dar lugar al *perjuicio de los derechos adquiridos de los trabajadores* de las sociedades partícipes en el proceso de creación, consagrado en el citado principio “antes-después”<sup>203</sup>.

— La DITSE *define* los distintos medios por los que se puede instrumentar la implicación de los trabajadores —*información, consulta, participación y otros mecanismos*—<sup>204</sup>. No impone ningún modelo de

---

for corporate governance and economic integration in Europe», en *IRLE*, núm. 14, 1994, pp. 203 ss.

<sup>199</sup> Durante, al menos, treinta años fue uno de los obstáculos sin despejar (*vid.* E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 144). *Vid.* A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 336.

<sup>200</sup> *Vid.* un esclarecedor cuadro analítico sobre la implicación de los trabajadores en la SE en A. REBÉRILOUX, «European Style of Corporate Governance...», *op. cit.*, p. 128.

*Vid.* M. E. CASAS BAAMONDE, «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)», en *CREDIT*, núm. 117, 2003, pp. 60 ss.; G. ESTEBAN VELASCO, «Sociedad anónima europea: la regulación de la participación de los trabajadores», en *RDBB*, núm. 40, 1990, pp. 893 ss.; B. GARCÍA ROMERO, «La “implicación” de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea», en *CREDIT*, núm. 113, 2002, pp. 683 ss.; J. LUIÁN ALCARAZ, «La Directiva 2001/86/CE, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores», en *AS*, t. 5, núm. 1, 2002, pp. 21 ss.; A. RODRÍGUEZ DE QUÍÑONES Y DE TORRES, «Administración social y participación laboral en la gestión de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario derivado (un estudio descriptivo sobre la evolución y contenido de las propuestas de Estatuto de Sociedad Anónima Europea y de Quinta Directiva)», en *RGD*, núms. 577-578, 1992, p. 10177 ss.

<sup>201</sup> Y, por eso, en vez de imponer un *modelo único* de implicación de los trabajadores, se ofrece en cada caso la posibilidad de llegar a una *solución negociada por las partes*. Si no hay acuerdo, se aplicarán unas *normas subsidiarias* contenidas en la propia DITSE (*vid.* considerando 8 de la DITSE).

<sup>202</sup> *Vid.* M. A. MOREAU, «L'implication des travailleurs dans la société européenne», en *Droit social*, núm. 11, 2001, p. 973.

<sup>203</sup> Considerando 18 de la DITSE. *Vid. supra* epígrafe II.5.

*Vid.* F. BLANQUET, «Enfin la société européenne “la SE”», *op. cit.*, p. 101; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 459; A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., «Las fórmulas de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea», en *Noticias UE*, núm. 229, 2004, pp. 85 y 86.

<sup>204</sup> Art. 2 DITSE.

implicación, sino que deja que éste se diseñe por las sociedades o entidades promotoras de la SE<sup>205</sup>. Sí que regula el *procedimiento de negociación* para llegar a la forma que deseen los partícipes<sup>206</sup>. Y para el caso de que no se llegue a ningún acuerdo al respecto establece unas *disposiciones de referencia*, que se aplicarán subsidiariamente para asegurar la implicación de los trabajadores<sup>207</sup>.

Para evitar que se incumpla esta obligación de articular la implicación de los trabajadores en la SE, el art. 12.2 del RESE, como hemos visto, dispone que no puede practicarse la inscripción registral de una SE si no se ha llegado a alguna solución al respecto, sea un acuerdo negociado o sea la aplicación supletoria de las disposiciones de referencia<sup>208</sup>.

### 1. Las distintas modalidades de implicación de los trabajadores ofrecidas por el Estatuto de la Sociedad Europea

— Resulta muy acertado que la DITSE comience recogiendo en su art. 2 las *definiciones* de los principales términos utilizados en su texto, lo que ayuda a limar las posibles diferencias que se produzcan al interpretar la Directiva en unos y otros Estados. La expresión que más interés ofrece es precisamente «implicación de los trabajadores», no sólo por ser la que da nombre a la propia norma, sino porque es un concepto nuevo que aporta la DITSE y que comprende dentro de sí la mera participación de los trabajadores<sup>209</sup>. Se entenderá por implicación de los trabajadores —dispone el art. 2*h*) de la DITSE— «la *información*, la *consulta* y la *participación*, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa»<sup>210</sup>.

En consecuencia, la implicación de los trabajadores en la gestión de la SE no es sino el reconocimiento de uno o varios de los mecanismos que les permite intervenir en la gestión social. Por tanto, el estudio de la implicación debe realizarse distinguiendo cada uno de los cauces

<sup>205</sup> Vid. A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, «Las fórmulas de implicación de los trabajadores...», *op. cit.*, p. 75.

<sup>206</sup> Arts. 3 a 6 DITSE.

<sup>207</sup> Art. 7 y Anexo de la DITSE.

<sup>208</sup> Vid. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 100; Í. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa...», *op. cit.*, p. 1910; C. FOUASSIER, «Le statut de la «Société européenne»...», *op. cit.*, p. 88; J.-P. STORCK «Présentation de la Société Européenne...», *op. cit.*, p. 6.

<sup>209</sup> Que es como anteriormente venía identificándose el principal procedimiento de concreción del derecho de los trabajadores a intervenir en la gestión social.

<sup>210</sup> Las cursivas son nuestras y las definiciones de esas expresiones se formulan, respectivamente, en las letras i), j) y k) del art. 2 de la DITSE.

Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 154, nota 7.

previstos para esa *cogestión* de la sociedad entre sus órganos de gobierno y los de representación de los trabajadores.

— La *información* se define en el art. 2.i) de la DITSE como «la transmisión, por el órgano competente de la SE al órgano de representación de los trabajadores o a los representantes de los trabajadores, de las informaciones relativas a las cuestiones que afecten a la propia SE y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situados en otro Estado miembro o que excedan de las competencias de los órganos de decisión en un único Estado miembro, en un momento, de un modo y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores evaluar en profundidad las posibles repercusiones y, en su caso, preparar la consulta con el órgano competente de la SE»<sup>211</sup>.

La amplitud con que se delimita este derecho de información de los trabajadores<sup>212</sup> es indicativa de la importancia que la DITSE da a esta modalidad de implicación de los trabajadores, que sirve de base para el posterior ejercicio del derecho de consulta y, en general, para su actuación en relación con la actividad de la empresa<sup>213</sup>.

— La *consulta* también es concebida en términos más amplios en la DITSE que en la Directiva 94/45/CE, sobre el Comité de Empresa Europeo<sup>214</sup>. El art. 2.j) de la DITSE entiende que la consulta no consiste simplemente en la «apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones» entre los órganos de gobierno de la SE y los representantes de los trabajadores, sino que además exige que esas actuaciones se realicen «en un momento, de un modo y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores, a partir de la información facilitada, expresar una opinión sobre las medidas previstas por el órgano competente que pueda ser tenida en cuenta en el marco del proceso de toma de decisiones en la SE»<sup>215</sup>.

— La *participación* admite distintos grados de intensidad<sup>216</sup>. El mayor de ellos puede poner una cuota importante de poder en manos

<sup>211</sup> Vid. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, pp. 102 y 103; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, pp. 157 y 158; A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, «Las fórmulas de implicación de los trabajadores...», *op. cit.*, p. 77.

<sup>212</sup> A diferencia, por ejemplo, de la concepción de este derecho contenida en la Directiva 94/45/CE, sobre el Comité de Empresa Europeo.

<sup>213</sup> Vid. M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>214</sup> Donde tan sólo se dice de ella que es un intercambio de puntos de vista y un establecimiento de diálogo.

Sobre las relaciones entre la DITSE y la Directiva 94/45/CE, sobre el Comité de Empresa Europeo, vid. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 104.

<sup>215</sup> Vid. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, pp. 102 y 103; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, pp. 157 y 158; A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, «Las fórmulas de implicación de los trabajadores...», *op. cit.*, p. 77.

<sup>216</sup> Vid. los aspectos sustanciales del régimen de la participación en G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 158.

Vid. E. MORGAN DE RIVERY y C. STOCKFORD, «La Société Européenne», *op. cit.*, p. 719.

de los trabajadores. El respeto a la tradición de los países comunitarios que no cuentan con un régimen de participación de los trabajadores ha llevado a acoger en la DITSE una modalidad suavizada de esta forma de implicación, denominada *participación orgánica*<sup>217</sup>. El art. 2.k) de la DITSE define la participación como «la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores en una sociedad mediante: el derecho de elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad; o el derecho de recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad»<sup>218</sup>.

Partiendo de este concepto de participación, la DITSE admite incluso que, si no había participación de los trabajadores en las sociedades promotoras de una SE, tampoco la haya en la SE que constituyen. En estos casos, la SE puede registrarse y funcionar sin participación de los trabajadores. No se puede proceder así, sin embargo, en relación con la información y la consulta, pues es obligatorio que las sociedades fundadoras lleguen a una solución negociada al respecto o, en su defecto, se aplicarán las disposiciones de referencia sobre información y consulta contenidas en la DITSE<sup>219</sup>. Es decir, la DITSE *tolera* que no haya un cauce de participación de los trabajadores en la SE, pero *exige* que, al menos, se establezcan medios de información y consulta, que constituyen el grado mínimo de implicación de los trabajadores en la SE.

— Al definir la implicación, el art. 2.h) de la DITSE afirma que, además de los tres instrumentos que acabamos de comentar, se puede recurrir a cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores puedan influir en la gestión de la SE<sup>220</sup>. En las anteriores redacciones de la Directiva se referían mecanismos posibles, pero la actual ha guardado silencio al respecto, dejando que sean los agentes sociales quienes concreten esta modalidad abierta de implicación que ha querido adoptar la DITSE<sup>221</sup>.

<sup>217</sup> Vid. sobre este concepto F. DORSEMONT, «La directive 2001/86 du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs», en *Les Petites affiches*, núm. 76, 16 de abril de 2002, p. 38.

En relación con otra forma destacable de participación, como es la *codeterminación*, vid. A. RENAUX, «European Style of Corporate Governance...», *op. cit.*, pp. 111 ss.

<sup>218</sup> Vid. F. BLANQUET, «Enfin la société européenne "la SE"», *op. cit.*, p. 101; A. MATORRAS DIAZ-CANEJA, «Las fórmulas de implicación de los trabajadores...», *op. cit.*, p. 77.

<sup>219</sup> Vid. M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>220</sup> Vid. A. MATORRAS DIAZ-CANEJA, «Las fórmulas de implicación de los trabajadores...», *op. cit.*, pp. 76 y 77.

<sup>221</sup> Vid. M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 63.

## 2. El procedimiento de negociación: la comisión negociadora y el acuerdo alcanzado entre ésta y los órganos competentes de las sociedades participantes

— Durante el proceso de constitución de la SE debe negociarse entre los promotores la forma que se adoptará para instrumentar la implicación de los trabajadores<sup>222</sup>.

A tal efecto, se constituirá una *comisión negociadora* representativa de los trabajadores de las sociedades participantes y sus filiales o establecimientos interesados<sup>223</sup>.

— El *plazo* para la negociación, que comenzará en cuanto se haya constituido la comisión negociadora, se extenderá durante seis meses, que pueden ser prorrogados por otros seis meses más<sup>224</sup>. Si a su término no se hubiese alcanzado solución alguna, se aplicarán las disposiciones de referencia.

— El art. 3 de la DITSE cuida con detalle diversos aspectos relativos a la *comisión negociadora* que aseguran que se *defiendan adecuadamente los intereses de los trabajadores* a lo largo de la negociación. Así, se contempla cuál debe ser la *composición* de la comisión negociadora<sup>225</sup> y el procedimiento para la *adopción de acuerdos*<sup>226</sup>.

<sup>222</sup> Dispone el art. 3.1 de la DITSE que esta negociación se iniciará «lo antes posible». En concreto, en función del procedimiento que se vaya a seguir para constituir la SE, «una vez publicado el proyecto de fusión o de constitución de una sociedad *holding*, o después de adoptarse un proyecto de crear una filial o de transformarse en una SE» (art. 3.1 DITSE).

Vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, p. 157; A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», *op. cit.*, p. 337.

<sup>223</sup> Art. 3.2 DITSE. Vid. A. DECCO y G. DECCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 105; V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 460; C. FOUASSIER, «Le statut de la "Société européenne"...», *op. cit.*, p. 87; J.-L. JORIS, «Will the European Company work?», *op. cit.*, p. 21; A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, «Las fórmulas de implicación de los trabajadores...», *op. cit.*, p. 77; E. MORGAN DE RIVERY y C. STOCKFORD, «La Société Européenne», *op. cit.*, p. 719; M. A. MOREAU, «L'implication des travailleurs...», *op. cit.*, p. 972; P. J. PÉREZ PÉREZ, «Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea», *op. cit.*, p. 104.

<sup>224</sup> Art. 5 DITSE. Vid. A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, «Las fórmulas de implicación de los trabajadores...», *op. cit.*, p. 81; E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 144.

<sup>225</sup> Cuidando que sus miembros sean elegidos guardando una proporción razonable con los trabajadores a los que representan, pues, aunque todos los miembros de la comisión representan a trabajadores, no son iguales los intereses de los trabajadores de unas y otras entidades participes en la negociación (art. 3.2 DITSE).

Además, se prevé que los miembros de la comisión negociadora puedan ser asistidos por expertos de su elección (art. 3.5 DITSE).

Vid. A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, «Las fórmulas de implicación de los trabajadores...», *op. cit.*, pp. 79 y 80; E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, p. 144.

<sup>226</sup> Art. 3.4 DITSE. Vid. J.-L. JORIS, «Will the European Company work?», *op. cit.*, p. 21; A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, «Las fórmulas de implicación de los trabajadores...», *op. cit.*, p. 81; J.-P. STORCK «Présentation de la Société Européenne...», *op. cit.*, p. 6.

— El acuerdo en el que se determine la implicación de los trabajadores en la SE debe adoptarse entre la comisión negociadora y los órganos competentes de las sociedades participantes<sup>227</sup>.

Respecto al contenido del acuerdo, que debe constar por escrito, las partes gozan de *amplia libertad*, si bien debe estipular un grado mínimo de implicación de los trabajadores que contemple al menos unos cauces para la información y la consulta, tal y como es concebida por la DITSE<sup>228</sup>. Respetado este nivel de implicación, el acuerdo no está sujeto a las disposiciones de referencia establecidas en el anexo de la DITSE<sup>229</sup>. El art. 4.2 de la DITSE recoge unos puntos de mención obligada en el acuerdo<sup>230</sup>, pero no son determinantes ni vinculantes en cuanto a la forma de la implicación, sino que se refieren a cuestiones técnicas o de funcionamiento que habrán de detallarse, bien con carácter general<sup>231</sup>, bien en función de la forma de implicación acordada<sup>232</sup>.

— Si no se logra acuerdo alguno entre las partes se aplicarán las *disposiciones de referencia* contenidas en el anexo de la DITSE<sup>233</sup>, que contemplan unas normas relativas a la información y la consulta<sup>234</sup>,

<sup>227</sup> Art. 4.1 DITSE. Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, op. cit., p. 108; V. EDWARDS, «The European company...», op. cit., p. 461.

<sup>228</sup> Respecto a este grado de implicación —los mecanismos de *información y consulta*—, observa WYMEERSCH que no es una cuestión controvertida, pues existe en todos los Estados europeos; sin embargo, lo que resulta más problemático es el régimen de *participación* de los trabajadores (vid. E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», op. cit., p. 144).

Vid. A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, «Las fórmulas de implicación de los trabajadores...», op. cit., p. 81; E. MORGAN DE RIVERY y C. STOCKFORD, «La Société Européenne», op. cit., p. 718.

<sup>229</sup> Art. 4.3 DITSE.

<sup>230</sup> Vid. A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, «Las fórmulas de implicación de los trabajadores...», op. cit., pp. 81-83.

<sup>231</sup> Como el ámbito de aplicación del acuerdo o su fecha de entrada en vigor [art. 4.2.a) y h) DITSE].

<sup>232</sup> Sea mera información y consulta, sea estos medios más participación [art. 4.2.c), f) y g) DITSE].

<sup>233</sup> Art. 7 DITSE, en el que se distingue cómo habrán de aplicarse las disposiciones de referencia, en función de que la SE se haya constituido por *transformación* [art. 7.2.a) DITSE], por  *fusión* [art. 7.2.b) DITSE] o se trate de la constitución de una SE *matriz* o *filial* [art. 7.2.c) DITSE] (vid. A. SCHULZ y K. EICKER, «The European Company Statute...», op. cit., p. 337).

Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, op. cit., p. 109; V. EDWARDS, «The European company...», op. cit., p. 461; G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», op. cit., p. 158; C. FOUASSIER, «Le statut de la "Société européenne"...», op. cit., p. 87; J.-L. JOUR, «Will the European Company work?», op. cit., p. 22; E. MORGAN DE RIVERY y C. STOCKFORD, «La Société Européenne», op. cit., p. 719; P. J. PÉREZ PÉREZ, «Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea», op. cit., p. 104; J.-P. STORCK «Présentation de la Société Européenne...», op. cit., p. 6.

<sup>234</sup> Parte 2 del Anexo de la DITSE (vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», op. cit., pp. 158 y 159).

y otras a la participación<sup>235</sup>, y se aplicarán conforme al principio “antes-después” que ya hemos visto<sup>236</sup>.

— Los miembros de la comisión negociadora y del órgano de representación de los trabajadores, así como los expertos que les asistan, están sometidos a un *deber de reserva* respecto de la información que se les comunique con carácter confidencial<sup>237</sup>.

## V. OTROS ASPECTOS DEL RÉGIMEN DE LA SOCIEDAD EUROPEA

— La regulación internacional de la *contabilidad* cada vez realiza más progresos en materia de unificación, animada, quizá, por la necesidad de evitar nuevos escándalos financieros de gran escala, como los sucedidos en la última década en las economías noroccidentales<sup>238</sup>.

El Estatuto de la SE ha reducido el número de artículos referidos a esta cuestión —en comparación con los que se le dedicaban en la versión del último Proyecto— y remite para su régimen a las normas de Derecho nacional<sup>239</sup>. Tan sólo establece unas breves normas específicas para las SE que sean *entidades de crédito, entidades financieras o compañías de seguros*<sup>240</sup>.

— También ha sido reducida la extensión del régimen específico contemplado en el RESE en materia de disolución, liquidación, insol-

<sup>235</sup> Parte 3 del Anexo de la DITSE (vid. G. ESTEBAN VELASCO, «El compromiso de Niza...», *op. cit.*, pp. 159-161).

<sup>236</sup> Vid. *supra* parte I, epígrafe II.5. Sintéticamente, vid. E. WYMEERSCH, «Company Law in Europe...», *op. cit.*, pp. 144 y 145.

<sup>237</sup> Éste deber será regulado por los Estados miembros (art. 8 DITSE). Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, p. 107; A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, «Las fórmulas de implicación de los trabajadores...», *op. cit.*, p. 90.

<sup>238</sup> La Unión Europea tiene como uno de sus objetivos en esta materia facilitar la comparabilidad de la información financiera, lo que se garantizará excluyendo las desviaciones nacionales respecto de las normas internacionales de contabilidad (NIC), y de ahí surge la intención del legislador comunitario de modificar la Cuarta y Séptima Directivas sobre el Derecho de sociedades [vid. COM (1999) 232, *op. cit.*, p. 6]; respecto a la mejora de la contabilidad de las sociedades cotizadas, vid. COM (1999) 232, *op. cit.*, p. 21.

Vid. V. EDWARDS, «The European company...», *op. cit.*, p. 458; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 53; F. J. GARCIMARTÍN ALPÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», *op. cit.*, p. 36; G. PALAO MORENO, «Dimensión internacional de...», *op. cit.*, p. 134.

<sup>239</sup> Art. 61 RESE. Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, *op. cit.*, pp. 117 y 118; E. MANSO PONTE, «Societas Europaea. Especial referencia a la armonización contable y su impacto en la normativa fiscal», en *Noticias UE*, núm. 229, 2004, pp. 66 ss.

<sup>240</sup> Art. 62 RESE.

vencia, suspensión de pagos y procedimientos análogos, remitiendo al respecto al Derecho nacional que resulte aplicable<sup>241</sup>.

El art. 64 del RESE contempla la liquidación como una forma alternativa de castigar la infracción del art. 7 del RESE —que obliga a que el domicilio social y la administración central de la SE estén en el mismo Estado miembro—<sup>242</sup>.

Por lo demás, todo lo que dispone el RESE en relación con la disolución, la liquidación, la insolvencia y la suspensión de pagos es que la apertura de sus respectivos procedimientos, así como el cierre de los mismos y la decisión de continuación de la actividad deben publicarse conforme a lo dispuesto en el art. 13 del RESE, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho nacional que resulten aplicables<sup>243</sup>.

— La SE puede transformarse en sociedad anónima nacional del Estado en el que tenga su domicilio social. Tanto el procedimiento como las consecuencias jurídicas de esta operación son semejantes al supuesto análogo de transformación de una sociedad anónima nacional en SE<sup>244</sup>; por tanto, la sociedad no debe disolverse ni constituir una sociedad nueva, pues no perderá su personalidad jurídica<sup>245</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

— La prolongada duración del período de elaboración del Estatuto de la SE<sup>246</sup>, unida al desarrollo simultáneo del proceso de promulgación de las Directivas sobre el Derecho de sociedades<sup>247</sup>, ha tenido consecuencias negativas para el régimen de la SE. Mientras el promotor del Estatuto de la SE iba desbrozando el terreno para realizar su trabajo, los artífices de las Directivas comunitarias iban sembrando —y cosechando— los frutos de la armonización del Derecho societario europeo. Como resultado del solapamiento de ambos procesos legislativos, las Directivas societarias han ido vaciando el Estatuto de la SE de gran parte de su contenido. La concepción final de la SE recogida en su Estatuto se ha desvirtuado, reduciendo en gran medida la idea originaria de este tipo social<sup>248</sup>.

<sup>241</sup> Art. 63 RESE. Vid. A. DECOCO y G. DECOCO, *Droit européen...*, op. cit., pp. 118 y 119; V. EDWARDS, «The European company...», op. cit., p. 458; M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, op. cit., pp. 53 y 54; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», op. cit., p. 36; G. PALAO MORENO, «Dimensión internacional de...», op. cit., p. 134.

<sup>242</sup> Vid. supra epígrafe II.1.

<sup>243</sup> Art. 65 RESE.

<sup>244</sup> Vid. M. GARCÍA RIESTRA, *La Sociedad Anónima Europea*, op. cit., p. 54.

<sup>245</sup> Art. 66 RESE. Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El reglamento de la sociedad europea...», op. cit., p. 36.

<sup>246</sup> Vid. supra parte I, epígrafe II.

<sup>247</sup> Vid. supra parte I, epígrafe III.1.

<sup>248</sup> Vid. supra parte I, epígrafe II.1.



— El itinerario accidentado recorrido por el Estatuto de la SE desde la Propuesta de 1970 hasta su promulgación en 2001 llevó a que, a partir de la Propuesta de 1989, se haya optado por una solución atípica, como es su división en dos normas jurídicas distintas. Cuando hablamos del Estatuto de la SE nos estamos refiriendo simultáneamente a estas dos normas jurídicas: el Reglamento (CE) 2157/2001 y la Directiva 2001/86/CE<sup>249</sup>.

— La SE está sometida a un régimen jurídico mixto, nacional y comunitario, que se articula en una compleja jerarquía de fuentes, detallada en el art. 9 del RESE y que dará lugar, junto a los problemas de aplicación y desarrollo por los Estados miembros, a conflictos de interpretación doctrinal y jurisprudencial originados por los diversos criterios hermenéuticos arraigados en las diversas tradiciones jurídicas nacionales alojadas en el territorio de la Unión<sup>250</sup>.

— Como consecuencia de la remisión efectuada en el art. 9.1.c.i) RESE, la mayor parte del régimen de la SE se encuentra en los Derechos nacionales, y éstos pueden establecer para las sociedades europeas domiciliadas en su territorio una regulación distinta de la aplicable a sus sociedades nacionales —bien favorecedora o bien discriminatoria para la SE— y distinta también, muy posiblemente, de la que reciba la SE en otros Estados miembros. El efecto conseguido dista mucho de la deseable homogeneidad del régimen de la SE en todo el territorio comunitario<sup>251</sup>.

— La Unión Europea y los Estados miembros deben esforzarse en su labor de desarrollo normativo del régimen de la SE, para evitar un distanciamiento entre sí de los subtipos nacionales de la SE y, por el contrario, apuntar hacia la construcción de un modelo único de SE<sup>252</sup>.

— La implantación de la SE supondrá dentro de la Unión Europea un importante ahorro en gastos administrativos, de constitución y de supresión de estructuras sociales duplicadas por las empresas radicadas en los distintos Estados miembros<sup>253</sup>. En consecuencia, se juzga que

<sup>249</sup> *Vid. supra* parte I, epígrafe III.2.

<sup>250</sup> *Vid. supra* parte I, epígrafe III.3.

<sup>251</sup> *Vid. supra* parte I, epígrafe III.3, con más concreciones: como la peligrosa atribución a los ordenamientos nacionales de la competencia para regular gran parte del régimen de las operaciones de reestructuración empresarial transnacional —lo que equivale a poner en manos de los Estados el desarrollo de uno de los rasgos esenciales de la SE y, en el caso de Estados con una concepción restrictiva de estas operaciones, puede convertirse en ocasión de neutralizar en gran medida la eficacia del Estatuto de la SE en esos países—.

<sup>252</sup> *Vid. supra* parte I, epígrafe III.4.

<sup>253</sup> *Vid. supra* parte I, epígrafe II.5, donde se hace referencia a la cantidad de 30.000 millones de ecus, en la que se cifra ese ahorro en el Informe Ciampi de junio de 1995 —cantidad que ha sido aceptada pacíficamente—.

la SE será un instrumento jurídico útil y atractivo para los empresarios, que ya han manifestado su interés positivo al respecto<sup>254</sup>.

— Sin perjuicio de la posibilidad de formular una definición amplia o descriptiva<sup>255</sup>, desde un punto de vista sintético y centrándonos en su esencia, podemos definir la SE como una sociedad anónima de régimen mixto, nacional y comunitario, especialmente facultada para realizar operaciones societarias transnacionales dentro de la Unión Europea<sup>256</sup>.

— El art. 10 del RESE recoge un principio de trato paritario de la SE, no sólo un principio de no discriminación. El trato paritario de la SE —ni discriminatorio ni favorecedor— evita que se reproduzca en la Unión Europea el conocido *efecto Delaware*. El legislador comunitario es quien concede equilibradamente y de forma homogénea para todos los Estados miembros los privilegios de que goza la SE, en vez de un Estado miembro por propia iniciativa y con efectos tan sólo en su territorio<sup>257</sup>.

— La SE no tiene naturaleza supranacional, su nacionalidad no es exclusivamente europea —comunitaria, si se prefiere—. La falta de nacionalidad exclusivamente comunitaria para este tipo social ha sido uno de los objetivos frustrados del Estatuto de la SE<sup>258</sup>.

De la lectura del art. 9 del RESE puede deducirse que la SE tiene la nacionalidad del Estado en el que radique su domicilio social. No obstante, esta afirmación debe ser matizada, pues la determinación de la nacionalidad, además de ser una cuestión controvertida, tiene un tratamiento diferente en el ordenamiento de unos y otros Estados miembros<sup>259</sup>.

— El proceso de constitución de la SE tiene una dimensión doble. Por un lado, por supuesto, conduce al acto por el cual se constituye la sociedad pretendida. Pero, al mismo tiempo, es una operación societaria de reestructuración transnacional que implica y afecta a varias entidades de nacionalidades distintas. La constitución, primer acto de una SE que nace, es al tiempo una operación de otras entidades preexistentes<sup>260</sup>.

— El RESE debiera acudir a *criterios funcionales* para asegurar la vocación transnacional de la actividad de la SE —comprobando

<sup>254</sup> Vid. *supra* parte I, epígrafe IV.2.d).

<sup>255</sup> Vid. *supra* parte I, epígrafe IV.1.

<sup>256</sup> *Ibid.*

<sup>257</sup> Vid. *supra* parte I, epígrafes III.3 y IV.2.g).

<sup>258</sup> Vid. *supra* parte I, epígrafe IV.2.c).

<sup>259</sup> *Ibid.*

<sup>260</sup> Vid. *supra* epígrafe I.

periódicamente que se cumple el ejercicio de esa actividad negocial de carácter pluriterritorial—<sup>261</sup>.

— En cuanto a la exclusión de las personas físicas de cualquiera de los modos de constitución, parece que ninguna disposición del RESE impide, sin embargo, que adquieran la condición de socio en un momento ulterior a la constitución. Y, por la misma razón, otro tanto puede suceder con las sociedades de distinta naturaleza a las previstas por el art. 2 del RESE. Esto, salvo que suponga una fisura imprevista por el legislador, hace difícil entender la lógica del RESE al establecer los criterios de selección de las sociedades y entidades facultadas para actuar como partícipes en la constitución de una SE<sup>262</sup>.

— Se puede sancionar a una SE si traslada su sede real a un Estado distinto del de su constitución y mantiene su domicilio social en el originario, si bien el art. 64 del RESE ofrece como una solución alternativa a la liquidación reimplantar la administración central en el Estado miembro del domicilio. Por tanto, implícitamente, se está admitiendo que la SE desplace temporalmente su sede real a otro Estado miembro y, como nada se dice respecto al tiempo admitido por el RESE para que esta alternativa a la liquidación sea aplicable sin mayor sanción, podría entenderse que el plazo es indefinido —lo que resta bastante eficacia a la pretensión del RESE de establecer el principio de *sede real*—<sup>263</sup>.

— La modificación que el art. 8.16 del RESE establece supone violentar la determinación del foro general de la SE, cuando se puede conseguir el mismo propósito por medio del foro especial aplicable al hecho recurrido. Esto, como ya se ha mantenido en nuestra doctrina, lleva a plantearse la conveniencia de interpretar el art. 8.16 del RESE *contra verba legem*<sup>264</sup>.

— El desarrollo normativo del Estatuto de la SE exige que cualquier país comunitario cuente en su ordenamiento con normas que permitan a las SE el desarrollo tanto del modelo monista de administración como también del dualista. La *coexistencia* de estas dos formas posibles de estructurar el gobierno de una SE puede ser un medio de respeto de la particular idiosincrasia de los promotores de la SE, sin que el lugar del domicilio de la SE suponga una restricción en este sentido; pero también puede ser la ocasión de crear una pauta común intracomunitaria, consistente en acudir al modelo monista para

<sup>261</sup> Vid. *supra* epígrafe I.1.

<sup>262</sup> La restricción de la condición de promotor de una SE a tan sólo determinados tipos de sociedades y entidades. Vid. *supra* epígrafe I.1.

<sup>263</sup> Vid. *supra* epígrafe II.1.

<sup>264</sup> Vid. *supra* epígrafe II.2.

las pequeñas y medianas empresas con forma de SE y al modelo dualista para las SE grandes empresas<sup>265</sup>.

— La SE crea una estructura de gobierno más homogénea para las empresas del mercado comunitario y esto demanda unos criterios específicos de gobierno corporativo para las sociedades de esta región. La implicación de los trabajadores en la gestión de la SE es una realidad, consagrada por la DITSE, que se convierte en señal de identidad del gobierno corporativo de las sociedades comunitarias<sup>266</sup>.

— El régimen de la implicación de los trabajadores en la gestión de la SE se ha configurado de forma flexible, respetando los distintos grados de desarrollo de esta materia en los Estados miembros. Junto a esta virtualidad cabe destacar, como otro aspecto positivo del Estatuto de la SE, la generalización de un grado mínimo de implicación de los trabajadores, consistente en el establecimiento en toda SE de, al menos, unos mecanismos para la información y consulta<sup>267</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ PIÑA, J. F., «La Sociedad Anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos», en *RDM*, núm. 246, octubre-diciembre de 2002, pp. 1795 ss.
- BEIGA COPO, A. B., «La Sociedad Anónima Europea y la fusión transnacional», en *Noticias UE*, núm. 229, 2004, pp. 133 ss.
- BLANC, G., «La société européenne: la pluralité des rattachements en question [à propos du règlement (CE) n.º 2157/2001, du 8 octobre 2001]», en *Le Dalloz*, núm. 12, 2002, pp. 1052 ss.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P., *La transferencia internacional de sede social*, Pamplona, 1997.
- BLANQUET, F., «Enfin la société européenne “la SE”», en *RDUE*, núm. 1, 2001, pp. 65 ss.
- BORGES, G., «Die Sitztheorie in der Centros-Ära: Vermeintliche Probleme und unvermeidliche Änderungen», en *RIW*, 2000, pp. 167 ss.
- CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID (Centro Europeo de Información Empresarial), «Estatuto de la Sociedad Anónima Europea», en *CEA*, núm. 12, diciembre de 2001, pp. 46 ss.
- CASAS BAAMONDE, M. E., «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)», en *CREDIT*, núm. 117, 2003, pp. 60 ss.
- CASERO BARRÓN, R., «La Sociedad Anónima Europea. Aspectos en el Impuesto sobre Sociedades», en *Noticias UE*, núm. 229, 2004, pp. 17 ss.
- CHARNY, D., «Competition among jurisdictions in formulating Corporate Law Rules: an american perspective on the “race to the bottom” in the European Communities», en *Harvard ILJ*, núm. 32, 1991, pp. 423 ss.

<sup>265</sup> Vid. *supra* epígrafe III.2.

<sup>266</sup> Vid. *supra* epígrafe III.1.

<sup>267</sup> Vid. *supra* epígrafe IV.2.

- Comunicación de la Comisión, COM (1998) 625 final, 28 de octubre de 1998: «Servicios financieros: establecimiento de un marco de actuación».
- Comunicación de la Comisión, COM (1999) 232 final, 11 de mayo de 1999: «Aplicación del marco para los mercados financieros: Plan de acción».
- CRAIG, P., y BÚRCA, G. DE, *EU Law. Text, cases and materials*, 3.<sup>a</sup> ed., Oxford, New York, 2003.
- DANTHINE, D., y AFSCHRIFT, T., «La Sociedad Anónima Europea y la legislación sobre las *Sociedades Holding* en los Estados miembros», en *Noticias UE*, núm. 229, 2004, pp. 5 ss.
- DECOCO, A., y DECOCO, G., *Droit européen des affaires*, Paris, 2003.
- DORSEMONT, F., «La directive 2001/86 du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs», en *Les Petites affiches*, núm. 16, abril de 2002, pp. 34 ss.
- DRURY, R. R., «The regulation and recognition of foreign corporations: responses to the Delaware syndrome», en *Cambridge LJ*, núm. 57, 1998, pp. 165 ss.
- EDWARDS, V., «The European company —essential tool or eviscerated dream?», en *CML Rev.*, núm. 40, 2003, pp. 443 ss.
- EMMERT, F., *European Union Law, Cases*, The Hague, London, Boston, 2000.
- ESPLUGUES MOTA, C. (dir.), *Derecho del Comercio Internacional*, Valencia, 2003.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F.; SANCHO VILLA, D., y PALAO MORENO, G., «Capítulo IX, Sociedades mercantiles (II)», en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (ed.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, 1996, pp. 245 ss.
- ESTEBAN VELASCO, G., «Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea», en *REE*, núm. 29, septiembre-diciembre de 2001, pp. 65 ss.
- «Reglamento (CE) número 2157/2001, de 8 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), y Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores», en *RdS*, núm. 17, 2001, pp. 439 ss.
- «El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea», en *RdS*, núm. 16, 2001, pp. 141 ss.
- «La sociedad cerrada europea: ¿figura complementaria o alternativa a la sociedad europea?», en *RdS*, núm. 13, 1999, pp. 163 ss.
- «Sociedad anónima europea: la regulación de la participación de los trabajadores», en *RDBB*, núm. 40, 1990, pp. 893 ss.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Í., «El futuro del Derecho de sociedades en Europa: a propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea», en *La Ley*, núm. 5.465, 22 de enero de 2002, pp. 1904 ss.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., y CALVO CARAVACA, A. L., *Derecho Mercantil Internacional. Estudios sobre Derecho Comunitario y del Comercio Internacional*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El Derecho Internacional del Registro Mercantil y la publicidad registral de la Sociedad Europea (*Societas Europaea*)», en *RDM*, núm. 248, abril-junio de 2003, pp. 499 ss.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (ed.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, 1996.
- FONT BOIX, V.; SIMO SANTONJA, V. L.; DE LA ESPERANZA, A., y MADRIDEJOS-SARASOLA, J., «Sistemas jurídicos y documentos», en *RDN*, 1982, pp. 51 ss.

- FOUASSIER, C., «Le statut de la «Société européenne»: un nouvel instrument juridique au service des entreprises», en *RMCUE*, núm. 445, febrero de 2001, pp. 85 ss.
- GARCÍA COSO, E., «La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio y problemas de conflicto de Leyes», en *Noticias UE*, núm. 229, 2004, pp. 39 ss.
- GARCÍA COTO, D. J., y BLANCO DIEGO, R., «Códigos de Buen Gobierno en Europa y Estados Unidos. Especial referencia a los Códigos Olivencia y Aldama en España», en *AF*, núm. 90, 2003, pp. 49 ss.
- GARCÍA DE LA RASILLA Y PINEDA, Á., «La administración de las grandes sociedades cotizadas en Bolsa. Del Informe Cadbury (1992) al Informe Aldama (2002)», en *AF*, núm. 90, 2003, pp. 31 ss.
- GARCÍA RUESTRA, M., *La Sociedad Anónima Europea*, Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 2002.
- GARCÍA ROMERO, B., «La “implicación” de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea», en *CREDIT*, núm. 113, 2002, pp. 683 ss.
- GARCÍA-DURÁN HUET, P., «La lenta gestación de la política comunitaria de fusiones», en *RDCE*, núm. 12, mayo-agosto de 2002, pp. 503 ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «La sentencia “Überseering” y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro», en *RDM*, núm. 248, abril-junio de 2003, pp. 663 ss.
- «El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura», en *GJ*, núm. 217, enero-febrero de 2002, pp. 7 ss.
- «El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión facilitadora», en *RdS*, núm. 16, 2001, pp. 107 ss.
- «La sentencia “Centros”: el *status quaestionis* un año después», en *CISS Praxis*, núm. 195, abril de 2001, pp. 79 ss.
- «La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE. Algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la Sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999», en *RDM*, núm. 232, abril-junio de 1999, pp. 645 ss.
- GARRIDO GARCÍA, J. M., «El Informe Winter y el gobierno societario en la Unión Europea», en *RdS*, núm. 20, 2003, pp. 111 ss.
- GARRIDO, J. M., y ROJO, Á., «Institutional Investors and Corporate Governance: Solution or Problem?», en HOPT, K. J., y WYMEERSCH, G., *Capital Markets and Company Law*, Oxford, 2003, pp. 427 ss.
- GEBLER, J. H., *Aktiengesetz Kommentar*, Neuwied, 2000 —publicación de hojas actualizables (se cita remitiendo al parágrafo comentado de la Ley y la página correspondiente dentro del comentario); última actualización publicada en el momento de la cita: diciembre de 2003—.
- GUERRA MARTÍN, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho europeo*, Pamplona, 2003.
- «Capítulo III (Gobierno societario) del Informe del Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades sobre una marco normativo moderno para el Derecho de Sociedades en Europa (Informe Winter), Bruselas, 4 de noviembre de 2002», en *RdS*, núm. 20, 2003, pp. 275 ss.
- HOMMELHOFF, P., «Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft», en *AG*, 2001, pp. 271 ss.

- HOPT, K. J., «Le gouvernement d'entreprise- Expériences allemandes et européennes», en *Rev. sociétés*, núm. 1, enero-marzo de 2001, pp. 1 ss.
- «Corporate Governance: Aufsichtsrat oder Markt? Überlegungen zu einem internationalen und interdisziplinären Thema», en HOMMELHOFF, P.; ROWEDDER, H., y ULMER, P., *Max Hachengurg, Dritte Gedächtnisvorlesung 1998*, Heidelberg, 2000, pp. 9 ss.
- «The German Two-Tier Board (*Aufsichtsrat*). A German View on Corporate Governance», en HOPT, K. J., y WYMEERSCH, E., *Comparative Corporate Governance - Essays and Materials*, Berlin, New York, 1997, pp. 3 ss.
- «Labor representation on corporate boards: impacts and problems for corporate governance and economic integration in Europe», en *IRLE*, núm. 14, 1994, pp. 203 ss.
- «Harmonisierung im Europäischen Gesellschaftsrecht», en *ZGR*, núm. 92, pp. 265 ss.
- Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2002) 267 final, 3 de junio de 2002, *Sexto informe provisional sobre el Plan de acción en materia de servicios financieros*.
- Informe del "Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de sociedades" sobre un marco normativo moderno para el Derecho de sociedades en Europa (*Segundo Informe Winter*), Bruselas, 4 de noviembre de 2002.
- JACQUEMIN, A., y PENCH, L. R. (eds.), *Pour une compétitivité européenne. Rapports du Groupe Consultatif sur la Compétitivité*, Paris, Bruxelles, 1997.
- JORIS, J.-L., «Will the European Company work?», en *IFLR*, vol. 21, núm. 2, febrero de 2002, pp. 19 ss.
- KRAMM, B., *Handelsregister. Reformvorschläge unter Berücksichtigung des deutschen, französischen und englischen Systems*, Berlin, Baden-Baden, 1998.
- LANOO, K., «A european perspective on corporate governance», en *JCMS*, vol. 37, núm. 2, 1999, pp. 269 ss.
- LARGO GIL, R., «La constitución de la sociedad anónima europea (SE) (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)», en *RdS*, núm. 18, 2002, pp. 99 ss.
- LATTY, E. R., «Pseudo-Foreign Corporations», *Yale LJ*, núm. 65, 1955, pp. 137 ss.
- LUJÁN ALCARAZ, J., «La Directiva 2001/86/CE, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores», en *AS*, t. 5, núm. 1, 2002, pp. 21 ss.
- MANSO PONTE, E., «*Societas Europaea*. Especial referencia a la armonización contable y su impacto en la normativa fiscal», en *Noticias UE*, núm. 229, 2004, pp. 53 ss.
- MARCHAL ESCALONA, N., *Garantías procesales y notificación internacional*, Granada, 2001.
- MARTÍNEZ PARDO DEL VALLE, R., «Comentarios a la Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas», en *AF*, núm. 90, 2003, pp. 41 ss.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., «Las fórmulas de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea», en *Noticias UE*, núm. 229, 2004, pp. 71 ss.
- MENJUCO, M., «La société européenne: enfin l'aboutissement!», *Le Dalloz*, núm. 13, 2001, pp. 1085 ss.
- «La mobilité des entreprises», en *Rev. sociétés*, núm. 2, abril-junio de 2001, pp. 210 ss.

- *La mobilité des société dans l'espace européen*, Paris, 1997.
- MOREAU, M. A., «L'implication des travailleurs dans la société européenne», en *Droit social*, núm. 11, 2001, pp. 967 ss.
- MORGAN DE RIVERY, E., y STOCKFORD, C., «La Société Européenne», en *RDAl/IBJL*, núm. 6, 2001, pp. 711 ss.
- MORILLAS JARILLO, M. J., y GRECHENIG, K., «La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español», en *DN*, núm. 145, 2002, pp. 1 ss.
- PALAO MORENO, G., «Dimensión internacional de las sociedades», en ESPLUGUES MOTA, C. (dir.), *Derecho del Comercio Internacional*, Valencia, 2003, pp. 127 ss.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., «La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica. Las cuentas en participación», en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, Madrid, 1999, pp. 527 ss.
- PÉREZ MILLA, J. J., *Fusión internacional de sociedades anónimas en el Espacio Jurídico Europeo*, Pamplona, 1996.
- PÉREZ PÉREZ, P. J., «Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea», en *Noticias UE*, núm. 229, 2004, pp. 93 ss.
- REBÉRIOUX, A., «European Style of Corporate Governance at the Crossroads: The Role of Worker Involvement», en *JCMS*, vol. 40, núm. 1, 2002, pp. 111 ss.
- REQUEJO ISIDRO, M., *Ley local y forma de los actos en el Derecho internacional privado español*, Madrid, 1998.
- RODRÍGUEZ DE QUINONES Y DE TORRES, A., «Administración social y participación laboral en la gestión de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario derivado (un estudio descriptivo sobre la evolución y contenido de las propuestas de Estatuto de Sociedad Anónima Europea y de Quinta Directiva)», en *RGD*, núms. 577-578, 1992, pp. 10177 ss.
- ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., «La convocatoria de junta general de la Sociedad Anónima Europea con domicilio en España», en *DN*, núm. 142, 2002, pp. 12 ss.
- SAGASTI AURREKOETXEA, J. J., «La constitución de la *Societas Europaea-SE*», en *RdS*, núm. 19, 2002, pp. 115 ss.
- SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, F., *El gobierno de las sociedades cotizadas y su control*, Madrid, 1996.
- SANDERS, P., *European Stock Corporation; text of draft statute with commentary*, Chicago, Illinois, 1969.
- «The European Company», *GJICL*, núm. 6, 1976, pp. 367 ss.
- «Vers une société anonyme européenne?», en *Riv. Soc.*, 1959, pp. 1163 ss.
- SCHLEIFER, A., y VISHNY, R., «A survey of corporate governance», en *JF*, vol. 52, núm. 2, 1997, pp. 737 ss.
- SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, 4.<sup>a</sup> ed., Köln, Berlin, Bonn, München, 2002.
- SCHULZ, A., y EICKER, K., «The European Company Statute - the German View», en *Intertax*, vol. 29, núm. 10, 2001, pp. 332 ss.
- SIEMS, M., «Convergence, competition, "Centros" and conflicts of law: European company law in the 21st century», en *E. L. Rev.*, vol. 27, núm. 1, febrero de 2002, pp. 47 ss.



- STORCK, J.-P., «Présentation de la Société Européenne: aspects de Droit Commercial», en *Petites affiches*, núm. 76, 16 de abril de 2002, pp. 3 ss.
- SUÁREZ SUÁREZ, A. S., «De la *Corporate Governance* o el Gobierno de la Gran Empresa Moderna», en *AF*, núm. 90, 2003, pp. 113 ss.
- ULMER, E., *Wege zu europäischer Rechtseinheit*, vol. 26, München, Münchener Universitätsreden N. F., 1960.
- URÍA, R., y MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, Madrid, 1999.
- UTANDE SAN JUAN, J. M., «La Sociedad Anónima Europea y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», en *Noticias UE*, núm. 229, 2004, pp. 107 ss.
- VELASCO SAN PEDRO, L. A., y SÁNCHEZ FELIPE, J. M., «La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE», en *RdS*, núm. 19, 2002, pp. 15 ss.
- VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, 2000.
- WENZ, M., *Die Societas Europaea (SE). Analyse der geplanten Rechtsform und ihre Nutzungsmöglichkeiten für eine europäische Konzernunternehmung*, Berlin, 1993.
- WOUTERS, J., «European Company Law: quo vadis?», en *CML Rev.*, núm. 37, 2000, pp. 257 ss.
- WYMEERSCH, E., «Company Law in Europe and European Company Law», en *Reports for The 1st European Jurists Forum Conf*, vol.: *Conf 1*, Nürnberg, 2001, pp. 85 ss.