



POLO EUROPEO JEAN MONNET  
JEAN MONNET EUROPEAN CENTRE OF EXCELLENCE

# LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

MANUEL GARCÍA RIESTRA

Nº 4 - 2002

**MANUEL GARCÍA RIESTRA**

**INVESTIGADOR ASOCIADO DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS**

**MADRID, JULIO DE 2002**

El Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, Polo europeo Jean Monnet, es un Centro de investigación especializado en temas europeos cuyo objetivo es contribuir a un mayor conocimiento y divulgación de los temas relacionados con la Unión Europea.

Los Documentos de Trabajo dan a conocer los proyectos de investigación originales realizados por los investigadores asociados del Instituto Universitario en los ámbitos histórico-cultural, jurídico-político y socioeconómico de la Unión Europea.

El Instituto de Estudios Europeos publica en su Colección de Documentos de Trabajo estudios y análisis sobre materias relacionadas con temas europeos con el fin de impulsar el debate público. Las opiniones y juicios de los autores no son necesariamente compartidos por el Instituto.

Serie de Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Europeos

### **LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA**

No está permitida la reproducción total o parcial de este trabajo, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del copyright.

Derechos Reservados © 2002, por Manuel García Riestra

Derechos Reservados © 2002, por Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU.

INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS  
Julián Romea, 22 - 28003 Madrid  
<http://www.ceu.es/idee>

ISBN: 84-95219-70-0

Depósito legal: M-53016-2002

Diseño de cubierta: Encarnación Navarro

Compuesto e impreso en Docutech

# LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

MANUEL GARCÍA RIESTRA \*

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	5
EVOLUCIÓN HISTÓRICA .....	7
ESTUDIO PREVIO Y PRIMERAS PROPUESTAS (1966-1975) .....	7
EL NUEVO ENFOQUE DE LAS PROPUESTAS DE 1989 Y 1991 .....	9
LA OPOSICIÓN DE VARIOS ESTADOS MIEMBROS Y EL INFORME DAVIGNON .....	13
EL COMPROMISO POLÍTICO DE NIZA .....	15
LA CONSULTA FINAL AL PARLAMENTO EUROPEO Y LA APROBACIÓN DEFINITIVA .....	16
EL REGLAMENTO 2157/2001 DE LA SE .....	18
RASGOS GENERALES DE LA SE .....	18
CONSTITUCIÓN .....	32
ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LA SE .....	42
CUENTAS ANUALES Y CUENTAS CONSOLIDADAS .....	53
DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN, INSOLVENCIA Y SUSPENSIÓN DE PAGOS .....	54
DISPOSICIONES FINALES .....	54
ASPECTOS NO REGULADOS EN EL REGLAMENTO 2157/2001 .....	55
EL REENVÍO A LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES Y SUS INCONVENIENTES .....	55
REENVÍO AL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES .....	57
REENVÍO A OTROS ÁMBITOS DEL DERECHO: LA IMPORTANCIA DEL DERECHO FISCAL ....	57

---

\* Investigador Asociado del Instituto de Estudios Europeos.

LA DIRECTIVA 2001/86 DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SE	59
LA INDISOCIABILIDAD DEL REGLAMENTO SE Y LA DIRECTIVA 2001/86.....	59
LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y SUS DISTINTAS MODALIDADES .....	60
EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN .....	64
LAS DISPOSICIONES DE REFERENCIA.....	66
LA RELACIÓN CON LA DIRECTIVA 97/74 DEL COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO.....	69
EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD.....	69
CONCLUSIÓN .....	70
BIBLIOGRAFÍA .....	72

## INTRODUCCIÓN

El propósito de esta introducción es encuadrar el Reglamento y Directiva de la Sociedad Anónima Europea (en adelante SE) dentro del marco del Derecho de Sociedades Europeo y describir la evolución de este último.

El Derecho de Sociedades Europeo siempre ha estado ligado a la realización de la integración económica de los Estados miembros. La armonización llevada a cabo en este terreno tenía como objetivo superar los obstáculos de carácter fiscal y material fruto de la existencia de regímenes jurídicos dispares en la Comunidad. En definitiva, se trataba de lograr el buen funcionamiento del mercado y el cumplimiento de la libertad de establecimiento.

En el Informe Berkhouwer de 1966 y el proyecto de 1ª Directiva la Comisión afirma que el artículo 44. 3 g otorgaba un mandato muy amplio: La armonización debía cubrir todas las disposiciones que afectan a la estructura y órganos de las empresas, establecimiento y mantenimiento de su capital, la composición de la cuenta de pérdidas y de ganancias, fusiones, transformaciones, liquidaciones, garantías requeridas en el caso de concentraciones de empresas, etc. La Comisión justificaba esta amplia interpretación al estipular que el contenido del artículo 43 incluía tres objetivos:

En primer lugar se trataba de facilitar la libertad de establecimiento a las empresas.

En cambio, el segundo objetivo tenía como fin evitar la aparición de un efecto "Delaware" en la CEE. En aquel momento, la Comisión trataba de evitar que Holanda, cuyo Derecho de Sociedades tenía una excesiva flexibilidad, se convirtiera en el "Delaware Europeo" y las empresas establecieran allí su sede por las pocas obligaciones que se imponía a las empresas, y crearan una red de agencias y filiales a lo largo de toda la CEE dejando sin protección a los acreedores locales.

El tercer objetivo consistía en promover la certeza jurídica en las relaciones intracomunitarias.

Posteriormente, en el Memorando de Política Industrial de Colonia de 1970 se apuntaba que la unificación o armonización del Derecho de Sociedades contribuiría a hacer las empresas europeas más competitivas, ofreciéndoles instrumentos y reglas que faciliten las fusiones transfronterizas, y cooperación para formar empresas europeas transnacionales.

Las futuras iniciativas como la SE, considerada como el gran navío del Derecho de Sociedades Europeo, la Asociación Europea de Interés Económico y la creación de una normativa sobre grupos encajaban dentro de esta perspectiva.

Entre 1968 y 1983 seis Directivas fueron adoptadas, cubriendo un amplio campo del Derecho de Sociedades: Constitución<sup>1</sup>, mantenimiento y modificación del capital social<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> Primera Directiva nº 68/151/CEE que afecta a la publicidad, validez de acuerdos y nulidad de sociedades.

<sup>2</sup> Segunda Directiva nº 77/91/CEE.

fusiones y escisiones internas<sup>3</sup>, cuentas sociales<sup>4</sup> y cuentas consolidadas<sup>5</sup>. En 1984 se adopta la Directiva sobre el control legal de cuentas<sup>6</sup> y después en 1989 la Directiva sobre la Sociedad Unipersonal<sup>7</sup>.

En cambio, la oposición de los Estados Miembros cada vez era mayor y la propuesta de la Asociación Europea de Interés Económico se logró aprobar aunque al limitar el número de trabajadores a 500, al establecer una responsabilidad solidaria e ilimitada de sus miembros y un objeto de cooperación que debería ser muy preciso se limitó en gran parte su utilidad práctica. Además, el principio de subsidiariedad establece que las áreas que no recaen dentro de la competencia exclusiva de la Comunidad, como el Derecho de Sociedades, la Comunidad sólo puede intervenir *"en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados Miembros, y por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario"* (Artículo 5). La Comisión debía, por lo tanto, examinar cada caso y convencer a los Estados Miembros en el marco del Consejo que la acción de la Comunidad en una parte del Derecho de Sociedades era mejor que la acción a nivel nacional. Finalmente también era preciso tener en cuenta el principio de proporcionalidad que establece que: *"Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado"*.

Siguiendo esta tendencia, el contenido de la propuesta de SE se fue reduciendo y quedó completamente estancada, y la normativa de grupos fue rechazada al igual que la propuesta de Directiva sobre el traslado de sede social. Esta situación reflejaba una profunda crisis del proceso armonizador del Derecho de Sociedades. Además seguían existiendo grandes diferencias entre la legislación y la práctica administrativa ya que la coordinación de legislaciones nacionales no tenía por objetivo eliminar la subsistencia de órdenes jurídicos diferentes en los diversos países de la Comunidad.

Ante esta situación, la doctrina comenzó a considerar que una mayor competencia entre los ordenamientos nacionales y una mayor simplificación y desregularización<sup>8</sup> pueden, de hecho, conducir a unos resultados más eficientes. Este cambio de mentalidad ha sido producido fundamentalmente por la experiencia americana del efecto "Delaware". A nivel jurisprudencial también se produjo un cambio importante con la Sentencia Centros<sup>9</sup> que marcó un hito histórico y tal y como señaló el Abogado General introduciría el sistema de "competencia entre ordenamientos jurídicos".

---

<sup>3</sup> Tercera Directiva nº 78/855/CEE y la Sexta Directiva 82/891/CEE, respectivamente.

<sup>4</sup> Cuarta Directiva nº 78/660/CEE.

<sup>5</sup> Séptima Directiva nº 83/349/CEE.

<sup>6</sup> Octava Directiva nº 84/253/CEE que se refiere al ejercicio de la profesión de auditor.

<sup>7</sup> Duodécima Directiva nº 89/667/CEE.

<sup>8</sup> La Comisión creó en 1996 un grupo de trabajo de expertos denominado "SLIM" (*"Simpler legislation for the internal market"*), que ha propuesto mejoras para la 1ª y 2ª Directivas de Derecho de Sociedades. Para más detalle Vid. Wymeersch Eddy, "Company Law in Europe and European Company Law", *Working Paper 2001-06 Abril 2001*, Financial Law Institute, Universiteit Gent, págs 27 y ss.

<sup>9</sup> Asunto C 212/97.

El nuevo enfoque de la armonización sugerido en el Libro Blanco para la consecución del Mercado Interior y el hecho de que el proceso de armonización del Derecho de Sociedades había sido bloqueado en numerosas ocasiones también han influido en este cambio de parecer<sup>10</sup>. Según Wouters<sup>11</sup> los últimos estudios llevados a cabo por la Comisión y el hecho de que las últimas propuestas no tengan ninguna conexión entre sí demuestran una cierta desorientación y la ausencia de una agenda coherente en el ámbito de Derecho de Sociedades como ha ocurrido con la SE.

No obstante, como ya veremos, la mayor parte de la doctrina confía en que la reciente creación de la SE pueda facilitar la libertad de establecimiento, realización de operaciones transfronterizas y relanzar otros proyectos que habían sido abandonados como el proyecto de la Decimocuarta Directiva sobre el traslado de sede y la Décima Directiva sobre la fusión internacional de sociedades. En este sentido, el reciente Documento de consulta elaborado por el Grupo de Expertos en Derecho de Sociedades designado por la Comisión plantea una serie de propuestas revolucionarias (sociedad privada europea...) que son una clara manifestación del impulso renovador que ha introducido la SE.

## **EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

### **ESTUDIO PREVIO Y PRIMERAS PROPUESTAS**

#### **Antecedentes y Proyecto Sanders**

La idea de crear una Sociedad Europea se remonta a hace más de 40 años, concretamente el Congreso de Notarios de Francia de 1959, dónde se lanzó la idea y el discurso inaugural del Profesor Sanders en el Instituto Superior de Ciencias Económicas de Róterdam.

Poco tiempo después, en 1966 el Profesor Sanders y cinco expertos de otros Estados Miembros elaboran un Memorandum sobre la creación de una sociedad comercial en la que se optaba por una vinculación comunitaria. El Profesor propuso elaborar un anteproyecto de convención sobre el Estatuto de la Sociedad Europea que tenía un a reglamentación calcada de la legislación alemana. La finalidad era ofrecer a las empresas del Mercado Común una forma de organización permitiéndoles elegir su implantación en el interior de la Comunidad solamente en función de necesidades económicas haciendo abstracción de las consideraciones jurídicas.

---

<sup>10</sup> Para Jan Wouters este cambio es muy significativo pues en su origen la armonización de sociedades tenía como objetivo combatir la aparición del efecto Delaware en la CEE. Para más detalle Vid. Wouters Jan, "European Company Law : Quo Vadis?", *Common Market Law Review*, V 37 n° II (Abril 2000), Kluwer Law International, pág 283.

<sup>11</sup> Wouters Jan, Op., cit.pág 275 y 276.

## La Propuesta de 1970

Siendo abandonada la perspectiva de elaborar una convención, en 1970 la Comisión presenta un proyecto de Reglamento sobre el Estatuto de la Sociedad Europea. Esta propuesta se enmarcaba dentro del Memorandum de Colonia de 1970, tratado anteriormente en la introducción, sobre política industrial.

El proyecto tenía un contenido muy extenso, en total 284 artículos y además al regular cuestiones muy diversas (estructura, funcionamiento, constitución, reglas contables...) se estaba creando un cuerpo jurídico completo, de tal forma que la SE poseía un estatuto supranacional completamente independiente de los derechos nacionales. Los únicos reenvíos a los derechos nacionales concernían las medidas fiscales y penales.

El establecimiento del estatuto debía estar acompañado de la creación de instituciones comunitarias apropiadas, como un Registro Europeo de Sociedades Anónimas o una Oficina Europea de Sociedades. La SE, sin embargo, debía conservar su vinculación con el Estado Miembro de constitución y sede social, aún si estuviese sometida a una reglamentación uniforme.

El proyecto también establecía un sistema de fuentes propio: En primer lugar, se aplicaría lo dispuesto por el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

Las cuestiones no reguladas específicamente por el Estatuto pero que pertenecían al ámbito del Estatuto se resolverían aplicando, primero, los principios generales del Estatuto, segundo, acudiendo a las reglas comunes o principios generales comunes de los ordenamientos legales de los Estados Miembros.

Finalmente, las materias que no se incluían dentro del ámbito del Estatuto se resolverían por el derecho nacional aplicable en ese caso concreto.

Otras novedades importantes eran el establecimiento de un auténtico derecho de grupo de sociedades, la instauración de un comité de empresa europeo y la introducción de representantes de los trabajadores en el Consejo de vigilancia (sistema dualista obligatorio).

En definitiva, las finalidades del proyecto eran de doble orden: En primer lugar, se trataba de abrir a las empresas implantadas sobre el territorio del Mercado Común la facultad de constituir estructuras europeas que pudiesen superar las fronteras. En este mismo sentido, el pleno ejercicio del derecho de establecimiento, que en aquél momento todavía era inaccesible a las sociedades de derecho común, debía ser otorgado de golpe a la SE.

La otra finalidad era proponer un Estatuto de Sociedad Anónima "modelo" enteramente independiente de los derechos nacionales, dotada de las disposiciones más avanzadas y confiriendo a la sociedad una identidad estrictamente europea.

## La proposición de 1975 y el fracaso de la SE.

- ❑ La proposición de 1975: El 30 de Abril de 1975 la Comisión transmite al Consejo una versión enmendada que tomaba en cuenta la opinión del Parlamento Europeo



y del Comité Económico y social, pero los trabajos encuentran obstáculos insuperables en el seno del Consejo que llevaron las discusiones a un punto muerto, siendo interrumpidas finalmente en 1982.

- ❑ El fracaso de la SE: Las causas del rechazo de la SE provienen del carácter original y técnico de sus propuestas. En efecto, la SE gozaba de privilegios que no tenían las sociedades de derecho común, lo cuál suscitaba sentimiento de temor por parte de los Estados Miembros.

Además al prohibir todo reenvío a los ordenamientos nacionales, la propuesta tenía por objeto una unificación casi total, excluyendo por sí mismo la búsqueda de un compromiso entre los derechos nacionales. En un momento, en que la aplicación del Tratado de Roma todavía se estaba abriendo camino una propuesta tan innovadora estaba condenada al fracaso.

Al final de la década de los 70 el programa de armonización del Derecho de Sociedades conocía avances importantes y las materias que debían ser cubiertas por el Estatuto de la SE habían sido objeto de amplias medidas de coordinación a través de las directivas societarias. La instauración de un Derecho Común Europeo de Sociedades había vaciado poco a poco de su sustancia al proyecto la SE. De hecho, sólo quedaban las cuestiones más sensibles, a saber: la participación de los trabajadores y traslado de sede social sobre las que era imposible alcanzar un acuerdo.

## **EL NUEVO ENFOQUE DE LAS PROPUESTAS DE 1989 Y 1991**

### **El Libro Blanco del Mercado de Interior**

En 1987 Jacques Delors, Presidente de la Comisión, relanzó los trabajos después de que el Consejo Europeo invitase a las instituciones "a hacer rápidos progresos, permitiendo la creación de una Sociedad de Derecho Europeo.

A finales de Julio de 1988 la Comisión decide relanzar el Estatuto de la SE en un Memorandum dirigido al Parlamento Europeo, Consejo y agentes sociales que es incluido en el Libro Blanco del Mercado Interior. El Consejo de Mercado de Interior de 18 de Noviembre de 1988 resalta que la mayor parte de las delegaciones apoyan las orientaciones propuestas por la Comisión: carácter facultativo del Estatuto, el hecho de que el Estatuto sea independiente de las legislaciones nacionales, y el principio de puesta en marcha de un mecanismo de participación de los trabajadores en el Estatuto de la SE.

### **La propuesta de 1989 y la 1ª lectura del Parlamento Europeo**

En Agosto de 1989, tras un informe favorable del Comité Económico y Social y del Parlamento Europeo, la Comisión presenta una nueva propuesta sobre la SE que tiene dos vertientes: Un Reglamento sobre el Estatuto de la SE en virtud del artículo 100 A y una

Directiva distinta en virtud del artículo 54 que tenía como finalidad completar el Estatuto en lo concerniente a la participación de los trabajadores en la SE.

En relación con el Reglamento los puntos más importantes son los siguientes:

- ❑ La finalidad era crear una SE con su propio marco legal para atajar las dificultades legales y administrativas que resultaban de la existencia de doce regímenes legales distintos.
- ❑ Por otra parte, se facilitaba la gestión de grupos transnacionales, ya que todas las sociedades de un mismo grupo podían ser gestionadas según una estrategia común, y la reestructuración más allá de las fronteras a través de fusiones transfronterizas que no estaban autorizadas en todos los Estados Miembros. También la SE podía ayudar a las PYMES que encontraban dificultades para cooperar más allá de las fronteras sin estar sometidas a tantos ordenamientos jurídicos como Estados Miembros implicados.
- ❑ El texto del Reglamento no era tan detallado como las versiones anteriores y su contenido fue reducido a 137 artículos.
- ❑ Los temas de controversia fueron eliminados, como es el caso de la regulación sobre grupos, o edulcorados, como la propuesta de incluir soluciones alternativas a la participación en los órganos.
- ❑ La SE podía formarse como resultado de una fusión, *holding* de empresas, la creación de filiales, o la conversión de una Sociedad de Responsabilidad Limitada formada anteriormente conforme al derecho nacional.
- ❑ Para crear la SE era preciso redactar un proyecto de constitución que debía ser publicado, examinado por expertos independientes que debían emitir un informe y posteriormente ser aprobado por la Junta General de Accionistas.
- ❑ La SE debía constituirse con un capital mínimo de 100.000 Ecus.
- ❑ La SE estaba gobernada por la Junta General de Accionistas junto con un Consejo de Gestión y Consejo de Vigilancia (sistema dualista) o solamente junto con un Consejo de Administración (sistema monista)
- ❑ Por último el Reglamento también incluía una reglamentación detallada sobre la insolvencia y liquidación de la sociedad.

La Directiva era más flexible que el Reglamento ya que tenía en cuenta la diversidad de situaciones existentes en los Estados Miembros para tratar de evitar las fuertes críticas de las proposiciones anteriores.

La SE no podía concebirse “sin una cierta participación de los trabajadores, es decir una información regular de los trabajadores y su consulta antes de la puesta en marcha de decisiones en casos bien definidos”.

En definitiva, los trabajadores debían ser consultados sobre las decisiones estratégicas de la empresa:

- ❑ Cierre o desplazamiento de establecimientos o partes importantes de establecimientos.

- Restricción, extensión o modificación importante de la actividad de la sociedad.
- Creación de una filial o de una sociedad "*holding*".
- Establecimiento o cesación de una cooperación duradera con otras empresas.
- Modificaciones importantes en la organización de la sociedad.

Por el contrario, la gestión diaria de la SE era de la sola responsabilidad de sus dirigentes.

La Directiva además establecía un sistema de participación basado en tres sistemas en vigor en diferentes Estados Miembros:

- La representación de los trabajadores en el órgano de vigilancia u órgano de administración, denominado sistema de cogestión o "*Mitbestimmung*", que estaba vigente en Alemania, Holanda y Luxemburgo.
- La creación de un órgano distinto, del tipo del Comité de Empresa, donde estén representados los trabajadores, vigente en Francia y Bélgica.
- Otros modelos establecidos por la vía de acuerdo entre los dirigentes de las sociedades fundadoras y los trabajadores o sus representantes en las sociedades, sistema vigente en el Reino Unido, Irlanda e Italia. En caso de falta de acuerdo un modelo "standard" conforme a las prácticas nacionales más avanzadas.

Posteriormente, el Parlamento Europeo en la 1ª lectura aprueba la propuesta pero con ciertas modificaciones entre las que se pueden destacar:

- Posibilidad de crear una SE por fusión o creación de un *holding* de Sociedades Anónimas, Sociedades en comandita por acciones o Sociedades de Responsabilidad Limitada y a través de la transformación de una sociedad con filiales o sucursales en varios Estados Miembros.
- Los derechos y competencias de la Asamblea General son ampliados.
- El Informe de Gestión debe contener también informaciones relativas a los trabajadores.
- Los derechos de información de los trabajadores son reforzados.
- Las operaciones sometidas a la autorización del órgano de vigilancia son detalladas.

El Comité Económico y Social emite un informe en el que advierte al Consejo que las empresas no acudirán a la SE si los obstáculos fiscales son eliminados. En definitiva, se trata del tratamiento fiscal de las fusiones y operaciones similares, del tratamiento fiscal de sociedades madre y sus filiales, así como los procedimientos de arbitraje destinados a eliminar la doble imposición.

## La propuesta de 1991

En Mayo de 1991 la Comisión presenta una nueva propuesta en la que toma en consideración muchas de las enmiendas presentadas por el Parlamento Europeo.

Entre las modificaciones introducidas las de mayor importancia son las siguientes:

- Posibilidad de que una Sociedad Anónima pueda convertirse en SE si posee una filial en otro Estado Miembro.
- La ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento.
- Adquisición de la personalidad jurídica en el momento del registro.
- La fusión y posterior creación de la SE adquieren efectos tras el registro.
- Regulación mas detallada de la creación de una SE "*holding*".
- Simplificación de la normativa de aumento y reducción de capital de conformidad con la Directiva 77/91/CEE.
- Las atribuciones del Consejo de Supervisión y Consejo de Gestión son especificadas con mayor detalle.
- Los supuestos de liquidación de la SE han sido clarificados.
- En la Directiva se establece que la SE solamente podrá ser registrada cuándo un modelo de participación haya sido elegido.

En Noviembre de 1992 el Consejo de Mercado Interior, tras largos debates:

En primer lugar, llega a un acuerdo unánime sobre los siguientes puntos de la propuesta de la Comisión sobre la SE:

- Reglas internas concernientes al quórum y mayoría requerida para la toma de decisiones en los órganos de la SE.
- El montante mínimo de capital suscrito por la SE debe ser de 120.000 Ecus<sup>12</sup>.
- El capital de la SE debe expresarse obligatoriamente en Ecus.

En segundo lugar, se otorgan mayoritariamente orientaciones favorables a los siguientes puntos:

- La protección de los accionistas minoritarios y la no discriminación en relación con las sociedades anónimas.
- El acceso a la constitución de la SE.
- Finalmente, el Consejo encarga al COREPER la culminación de los trabajos sobre los puntos que quedaban todavía en suspenso.

---

<sup>12</sup> Como hemos visto anteriormente, en la propuesta de 1989 era 100.000 Ecus.

## LA OPOSICIÓN DE VARIOS ESTADOS MIEMBROS Y EL INFORME DAVIGNON

En Abril de 1993 el Consejo del Mercado de Interior inicia un debate político sobre la suerte de la proposición relativa a la SE y, correlativamente, la concerniente a la participación de los trabajadores en el seno de ésta. Muchas cuestiones no pudieron ser resueltas, incluso después de quince sesiones ministeriales, y se llegó a poner en duda la oportunidad de la propuesta por parte de varias delegaciones: Reino Unido, Alemania y en un grado menor Irlanda. No obstante, en el transcurso del debate se alcanza una mayoría suficiente a favor de la continuación de los trabajos para crear una SE.

El Parlamento en su primera lectura (proceso de codecisión) confirma su voto de 24 de Enero de 1991. No obstante, el desacuerdo en el seno de Consejo impide que se puedan continuar los trabajos y quedan completamente bloqueados.

La oposición mayor se produjo en el asunto de la participación de los trabajadores en el seno de la SE. Para Alemania solamente era aceptable su sistema de cogestión o "*Mitbestimmung*" y ninguna equivalencia entre este modelo y los demás modelos propuestos fue reconocida por Alemania<sup>13</sup>. Los otros países con sistemas y tradiciones diferentes trataban de defender su propio sistema y rechazaban, en consecuencia, el sistema de participación (Reino Unido y Portugal).

En 1995 el mundo empresarial<sup>14</sup> demuestra que posee un gran interés en la SE, concretamente, el Informe "Ciampi" elaborado por el Grupo de Consulta de Competencia ("*Competitiveness Advisory Group*") para la Cumbre Europea de Cannes. Según el informe la SE permitiría a las empresas pequeñas, medianas y grandes desarrollar sus actividades en el conjunto de la Unión, mejorar sus economías de escala, aumentar la flexibilidad y rapidez del proceso decisional, sin ya no ser necesario recurrir a una red compleja y costosa de filiales sometidas a los ordenamientos de diversos Estados Miembros. Por otra parte, el informe estimaba unos ahorros potenciales del orden de 30 millardos de Ecus al año.

Ese mismo año, la Comisión en una comunicación se hace portavoz de las demandas de una SE. Dentro de esta Comunicación podemos destacar que la Comisión retoma las conclusiones incluidas en el Informe "Ciampi" y resalta la importancia de la propuesta para la plena realización del Mercado Interior y que otras organizaciones sindicales y empresariales han solicitado a la Comisión la creación de la SE.

Para tratar de retomar el tema de la participación de los trabajadores en la SE la Comisión aprueba una Comunicación (14 Noviembre 1995) sobre información y consulta de los trabajadores en la que solicita su opinión al Consejo, Parlamento Europeo, Comité Económico y Social y a los agentes sociales, sobre las diferentes opciones existentes:

- ❑ La primera opción era adoptar un nuevo marco comunitario para la información y consulta de trabajadores a nivel nacional.

---

<sup>13</sup> Además gozaba del apoyo de Holanda y Luxemburgo dónde estaba en vigor este sistema.

<sup>14</sup> No obstante la "*Table Ronde des Industriels Européens*" ya se había pronunciado a favor de la SE en 1989. Más detalle vid. Blanquet Françoise, "Enfin la société européenne, la SE", *Revue du Droit de l' Union Européenne*, Editions Clément Juglar, 1-2001, pág 73 y 74.

- ❑ La segunda opción consistía en aplicar el mecanismo previsto en la Directiva del Comité de Empresa Europeo. Pero, los debates que siguieron la Comunicación de la Comisión dejaron claro que la mera aplicación de la Directiva no lograría eliminar la oposición de varios Estados Miembros y agentes sociales a la aprobación del Estatuto de la SE.
- ❑ La tercera opción, solicitada por diferentes participantes, preveía la creación de un grupo de expertos que tenía como finalidad encontrar una solución para los problemas planteados por todas las partes.

Finalmente, se creó un Grupo de Expertos de Alto Nivel presidido por Etienne Davignon y que tras seis meses de trabajos remitió sus conclusiones a la Comisión y al Consejo del Mercado de Interior y al Consejo de Asuntos Sociales. De sus conclusiones podemos destacar los siguientes puntos:

- ❑ En relación con las formas de constitución se propone eliminar el supuesto de transformación de una compañía preexistente para evitar la huida de empresas de países con sistemas más avanzados de participación.
- ❑ El análisis de los distintos sistemas de participación demuestra que hay más diferencias que similitudes. *“Estas diversidades son representativas de realidades y culturas, lo cuál es complicado de armonizar”*.
- ❑ Dado el gran número de sistemas nacionales, el mejor sistema de participación, según opinión del Grupo, es el de negociación “ad hoc”. Por lo tanto, la negociación entre los gestores y trabajadores es el procedimiento más adecuado.
- ❑ La negociación debe ser obligatoria, para así asegurar que en la práctica se efectúa y que ambas partes se toman en serio la negociación. Se establecerá un límite de tiempo para negociar de tres meses, desde la aprobación de la creación de la SE por parte de la Junta General de Accionistas, y en caso de falta de acuerdo se aplicarán reglas de referencia.
- ❑ La negociación empezaría antes del registro de la SE, tan pronto como los Consejos de Administración de las compañías fundadoras hayan acordado una propuesta de crear una SE. Si las formalidades de creación de la SE son completadas antes de la conclusión de las negociaciones, el registro de la SE podrá efectuarse y unas reglas provisionales de participación de los trabajadores se aplicarán.
- ❑ Las reglas para seleccionar los negociadores que representen a los trabajadores se basarán en las dispuestas por la Directiva del Comité de Empresa Europeo.
- ❑ Los representantes de los trabajadores tendrán el derecho a pertenecer al Consejo de Administración y Consejo de Supervisión (en el sistema dualista). El Grupo sugiere que una quinta parte de los puestos (y por lo menos dos) en ambos órganos sean reservados para miembros designados por los trabajadores.

Las conclusiones del Informe Davignon consiguieron desbloquear este dossier, aunque las valoraciones sobre la participación obligatoria fueron globalmente negativas:

- ❑ Siete Estados Miembros, con Alemania a la cabeza, consideraban que la representación era demasiado pequeña en relación con su propio sistema, ya que según su derecho nacional los trabajadores designan a la mitad de los miembros del órgano social.
- ❑ Los ocho Estados sin participación estimaban injusto incluir en toda SE un sistema que era diferente de su tradición y cultura.

## **EL COMPROMISO POLÍTICO DE NIZA**

Durante la presidencia inglesa (1998), el Consejo del Mercado del Interior encuentra la solución que logra el voto de catorce Estados Miembros: El sistema “antes-después”:

En el caso de que no hubiera participación antes de constituir la SE, no era necesario organizarla.

En cambio, si existía antes de la constitución será preciso organizarla de conformidad con las prácticas nacionales más avanzadas para preservar los derechos adquiridos de los trabajadores.

No obstante, quedaba determinar el porcentaje de trabajadores que sería requerido para imponer el sistema de participación a la totalidad de la SE. La regla de la mayoría de los trabajadores logra el acuerdo de los quince en caso de “*holding*” o filial común porque las sociedades participantes sobrevivirían a la operación y continuarían estando sometidas a su propio sistema según el derecho nacional aplicable. Por lo tanto no habría pérdida de los derechos adquiridos para ninguna de las partes.

Por el contrario el bloqueo fue total en el caso de fusión:

- ❑ Alemania estimaba que desaparición de sociedades que se fusionaban para crear una SE requería una protección reforzada de los trabajadores con participación, y por lo tanto un umbral más bajo, puesto que estos últimos iban a perder sus derechos. Estaba apoyada por los otros seis Estados con sistema de participación (Dinamarca, Suecia, Finlandia, Holanda, Luxemburgo y Austria).
- ❑ España, apoyada al principio por algunos Estados, entre ellos Francia, consideraba que era inaceptable que una minoría de trabajadores impusiera su sistema a la mayoría.

El 2 de Diciembre de 1998 catorce Estados Miembros se ponen de acuerdo en exigir un umbral del 25% en caso de fusión. Sin embargo, España se opone frontalmente a esta propuesta y el dossier queda bloqueado durante dos años<sup>15</sup>.

Finalmente el 7 de Diciembre de 2000 durante el Consejo de Niza se logra alcanzar un acuerdo político y se desbloquea la situación a cambio de importantes subsidios para

---

<sup>15</sup> Según Wouters Jan , España utilizó este bloqueo como medida de presión contra el Reino Unido para solucionar el conflicto de Gibraltar, op. cit. pág. 275.

la flota pesquera española<sup>16</sup>. El contenido del acuerdo era el siguiente: *“Este acuerdo toma en consideración la diversidad de situaciones en los Estados Miembros en materia de relaciones sociales, dejará a los Estados Miembros la facultad de transponer, o no a su derecho nacional las disposiciones de referencia relativas a la participación aplicables a las Sociedades Europeas constituidas por fusión. Para que una SE pueda ser registrada en un Estado Miembro que no haya transpuesto estas disposiciones de referencia, será necesario que un acuerdo sobre las modalidades relativas a la implicación de trabajadores, incluida la participación, haya sido concluido, o que ninguna de las sociedades participantes no haya estado regida por reglas de participación antes del registro de la SE”<sup>17</sup>.*

## **LA CONSULTA FINAL AL PARLAMENTO EUROPEO Y LA APROBACIÓN DEFINITIVA**

El COREPER para dar forma al acuerdo político de la Cumbre de Niza incluye un nuevo punto “3” en el artículo 7 de la Directiva y revisa el texto del Reglamento. Además se reduce el número de artículos y se decide modificar el fundamento jurídico volviendo al de la primera propuesta: El artículo 308 (antiguo 235), de tal forma que se elude el procedimiento de codecisión con el Parlamento (95, ex.100 A) y la mayoría cualificada en el Consejo (44, ex.54), que prevé la consulta del Parlamento aunque las modificaciones que introduzca deberán ser aprobadas por el Consejo.

El COREPER rechaza el artículo 95 al afirmar que sólo podía ser utilizado *“para medidas relativas a la aproximación de legislaciones”*, lo cuál no ocurre en el caso de un reglamento comunitario directamente aplicable e independiente de los ordenamientos nacionales. Por otra parte el artículo 95 no puede aplicarse a las disposiciones fiscales, *“ni a las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena”*.

Igualmente no se podía recurrir al artículo 44 (mayoría cualificada) puesto que el artículo 137 establece que el Consejo debe decidir por unanimidad, después de consulta al Parlamento Europeo, en lo concerniente a *“la representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y empresarios incluida la cogestión”*.

Finalmente concluye que el Tratado además no había previsto ningún medio de acción para organizar la situación de los trabajadores en la SE y que solamente el artículo 308 podía ser utilizado por el reglamento y la directiva.

El 20 de Diciembre de 2000 el texto del reglamento y de la directiva es aprobado por unanimidad, tal y como afirma Blanquet, *“en uno de los Consejos más cortos de la historia después de la gestación más larga”*<sup>18</sup>.

Los textos fueron remitidos al Parlamento Europeo para su consulta sobre los numerosos cambios que se habían introducido desde la propuesta de 1991. Como

---

<sup>16</sup> La postura española es criticada abiertamente por Garcimartín Alférez Francisco J., “El Reglamento de la Sociedad Europea: Una primera lectura”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 217 Enero/Febrero 2002, pág. 37.

<sup>17</sup> Traducción propia del fragmento del acuerdo recogido por Blanquet, op. cit., pág 77 y 78.

<sup>18</sup> Traducción propia Blanquet, op.cit. pág. 78.



acabamos de ver, el cambio más significativo fue la base jurídica, lo cuál iba a plantear bastantes problemas procedimentales<sup>19</sup>.

La Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado del Interior del Parlamento Europeo presentó su informe en Junio de 2001. En dicho informe se proponen introducir varios cambios:

- ❑ En relación con la base jurídica el Parlamento encomienda al Consejo que apruebe, siguiendo el procedimiento del artículo 308, en el menor plazo posible los textos de la SE. No obstante, el Parlamento se reserva el derecho, después de la adopción por el Consejo, de plantear ante el TJCE una acción de verificación de la base jurídica.
- ❑ Elevar el capital mínimo a 120.000 Euros.
- ❑ Adoptar al cabo de un período de transición de tres años, tras el cuál será adoptada la legislación nacional, disposiciones fiscales de acompañamiento.
- ❑ Posibilidad de que la SE pueda ser utilizada, antes de la expiración del período transitorio, por las empresas de los Estados Miembros que hayan transpuesto anteriormente a su ordenamiento el conjunto del paquete de medidas, lo que permitiría un desarrollo rápido de la SE.

El 4 de Septiembre de 2001 el Parlamento Europeo aprueba el Informe del Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado del Interior. En dicha sesión, se introducen enmiendas sobre la fiscalidad, constitución y registro y organización interna de la SE para lograr una mayor seguridad jurídica y reducir las cargas administrativas impuestas a la SE.

El Consejo, después de examinar las enmiendas del Parlamento Europeo, decide no tomarlas en consideración y la sesión de 8 de Octubre de 2001 adopta formalmente el reglamento y la directiva que completa el Estatuto de la SE.

Finalmente, el Presidente del Parlamento Europeo ante la importancia política de la SE ha decidido no seguir la recomendación de la Comisión de Asuntos Jurídicos de acudir ante el TJCE, de tal forma que en está ocasión han pesado más los aspectos políticos que los procedimentales<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Para ver con detalle las posibles consecuencias vid. De Vendeuil Sylvie y Puel Frédéric, "La Société Européenne: Risque de tempête procédurale", *La Semaine Juridique entreprise et affaires 2001*, n° 41 11, Octubre, pág. 1612 y ss.

<sup>20</sup> Para más detalle vid. Storck Jean-Patrice, Meyer Francis, Pichot Evelyne..., "La société européenne", *Les Petites affiches: La Loi*, 2002 V. 391 n° 76 ,16 Abril, págs. 19-21.

## EL REGLAMENTO 2157/2001 DE LA SE

### RASGOS GENERALES DE LA SE.

#### Concepto y carácter facultativo

El artículo 1º del Reglamento precisa:

*“Podrán constituirse sociedades en el territorio de la Comunidad en forma de sociedades anónimas europeas (Societas Europaea, denominada en lo sucesivo SE) en las condiciones y con arreglo a las modalidades previstas en el presente Reglamento.*

*El capital de la SE estará dividido en acciones. Cada accionista sólo responderá hasta el límite del capital suscrito.*

*La SE tendrá personalidad jurídica propia...”.*

Del contenido de dicho precepto podemos deducir que la SE es una sociedad de capital, concretamente una sociedad anónima y como tal se trata de:

- Una sociedad por acciones en la que el capital está dividido en partes alícuotas denominadas “acciones”, que otorgan a su titular la condición de socio.
- Una sociedad de responsabilidad limitada puesto que los socios sólo responderán hasta el límite de capital suscrito.
- Una sociedad con personalidad jurídica propia.

Por otra parte el considerando 13º del Reglamento advierte que el *“régimen de una sociedad de capital por acciones es el que mejor se adapta, tanto desde el punto de vista financiero como el de su gestión, a las necesidades de las empresas que lleven a cabo sus actividades a escala europea”.*

No obstante, no podemos olvidar que la Sociedad Anónima es la forma social que cuenta con más rasgos comunes en el derecho de los Estados Miembros y que además el proceso de armonización se ha centrado en este tipo societario.

La elección de la SE ha sido puesto en cuestión por la doctrina al considerar que existen grandes diferencias entre las diversas sociedades anónimas nacionales. En este sentido Esteban Velasco considera que *“...su elección no deja de ser polémica, en la medida que, por un lado, la Sociedad Anónima no se configura jurídicamente como el mismo tipo económico de empresa sino que cubre muy distintos tipos de empresa (es bien conocida la diferencia entre la Aktiengesellschaft alemana y la Société Anonyme polivalente de los países latinos), y por otro lado, no se atiende de manera adecuada la posible utilización de la SE por parte de las PYMES”*<sup>21</sup>.

La Sociedad anónima francesa estaba destinada a la gran empresa, pero por razones fiscales y sociales ha sido utilizada por gran número de empresas de dimensión familiar.

---

<sup>21</sup> Vid Esteban Velasco Gaudencio, El compromiso de Niza: Por fin la sociedad europea, *RdS*, Editorial Aranzadi, 2001-1, pág. 147.

En cambio, tal y como afirma Esteban Velasco, en Alemania la sociedad anónima siempre ha estado reservada a las grandes empresas y además ésta se ha caracterizado por su complejidad y la escasa importancia del accionista en lo referente a sus derechos a participar en la administración de la sociedad, al estar en vigor el sistema de cogestión. En virtud de dicho sistema, en las empresas de más de 2000 trabajadores en el Consejo de Vigilancia (sistema dual) se establece una representación paritaria de accionistas y trabajadores.

En definitiva, a pesar del efecto unificador de la Directivas Societarias, aún existen grandes diferencias en los siguientes aspectos:

- Capital mínimo para constituir una sociedad anónima.
- Diferente trato fiscal.
- Organización y administración de la sociedad anónima.
- Número mínimo de miembros para poder constituir una sociedad anónima.
- Participación de los trabajadores en la administración de la sociedad.

Benoît, en el mismo sentido que Esteban Velasco, considera que no es adecuado que la legislación comunitaria aplique una reglamentación idéntica a todos los tipos de sociedades anónimas sin tener en cuenta su diversidad<sup>22</sup>. Desde su punto de vista, es imprescindible un cambio en el espíritu de las disposiciones de Derecho Comunitario para poder adoptar una vocación plurifuncional y una concepción institucional de la sociedad.

Respecto a la personalidad jurídica conviene matizar, tal y como indica el artículo 16 del Reglamento, que dicha personalidad se adquiere a partir de la inscripción en el Registro designado por la legislación del Estado Miembro donde tenga su domicilio, y además la SE no podrá registrarse hasta que se haya celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores aunque tal y como veremos más adelante se admiten una serie de excepciones.

Por último, podemos afirmar que la SE tiene un carácter facultativo, tal y como se desprende del artículo 1 del Reglamento, y por lo tanto se podrá constituir como una opción más junto con las sociedades anónimas nacionales.

## Capital

El capital de la SE ha de expresarse en Euros y el capital suscrito no podrá ser inferior a 120.000 Euros. La exigencia del capital social mínimo revela que las autoridades comunitarias siguen fieles a la concepción clásica del rol del patrimonio social como patrimonio de garantía frente a terceros, es decir consideran que es una garantía para la protección de los acreedores sociales.

---

<sup>22</sup> Lecourt Benoît, *“L’influence du Droit Communautaire sur la constitution des groupements”*, Bibliothèque de Droit Privé, LGDJ, 2000.

No obstante en relación la función de patrimonio de garantía hemos de tener en cuenta que una gran parte de la doctrina considera que la protección no es absoluta y no permite a terceros hacerse una idea de la solvencia financiera de la sociedad. Como alternativa proponen una redefinición del capital social, llegando a poner en cuestión la limitación de la responsabilidad de los accionistas al montante de sus aportaciones.

Por otra parte, en el reciente Documento de Consulta elaborado por el Grupo de Expertos sobre Derecho de Sociedades<sup>23</sup> se hace referencia a las críticas anteriores y se analizan varias posibilidades de reforma:

- ❑ Una simplificación y modernización del concepto de capital siguiendo las propuestas presentadas en el informe SLIM (*Simpler Legislation for the Internal Market*) de reforma de la 1ª y 2ª Directivas de Sociedades.
- ❑ La eliminación del concepto legal de capital de tal forma que las acciones serían fracciones ideales de los activos de la compañía (sistema vigente en EEUU).
- ❑ Eliminación del concepto de capital, aunque desde un punto de vista europeo e introduciendo normas de otros sistemas vigentes en el Derecho Comparado.

El objetivo de la regulación sobre el capital consiste en fijar un capital mínimo que constituya una garantía sin desanimar a las PYMES a constituirse en SE. Sin embargo, si efectuamos una comparación entre el capital mínimo requerido a los distintos Estados Miembros (Alemania 100.000 Euros, Bélgica 62.500 Euros, España 60.000 Euros, Francia 37.500 Euros e Italia 10.330 Euros) podemos concluir que la cifra requerida para crear una SE es bastante alta.

El Reglamento permite a la legislación de un Estado Miembro establecer una cuantía de capital suscrito superior para "*sociedades que ejerzan determinados tipos de actividad*" (artículo 4.3) y dicha norma sólo se aplicará a aquellas SE que tengan su domicilio en el Estado Miembro en cuestión.

En el artículo 67 del Reglamento se prevé una norma de carácter transitorio para los Estados Miembros que no están dentro de la III fase de la UEM que permite aplicar a las SE domiciliadas en su territorio las mismas disposiciones que se apliquen a las sociedades anónimas sometidas a su ordenamiento jurídico en lo referente a la expresión de su capital.

No obstante, la SE podrá expresar su capital en Euros, en cuyo caso el tipo de cambio entre la moneda nacional y el Euro será el del último día del mes anterior de la constitución de la SE.

Finalmente, para el resto de las cuestiones relativas al régimen del capital social, su mantenimiento y modificaciones, así como sus acciones, obligaciones y demás títulos asimilables, estarán regulados por las disposiciones que se aplicarían a una sociedad anónima que tuviera el domicilio social en el Estado Miembro en que este registrada la SE. En definitiva, se trata de una remisión a las disposiciones nacionales que hayan transpuesto la 2ª Directiva relativa al capital social.

---

<sup>23</sup> Vid Documento de Consulta elaborado por el Grupo de Expertos sobre Derecho de Sociedades, págs 23-27.

## Denominación

Según el artículo 11 del Reglamento:

*“La SE deberá hacer constar delante o detrás de su denominación social la sigla SE. Sólo las SE podrán llevar las siglas SE en su denominación social”.*

Por otra parte el artículo trata de preservar los derechos adquiridos de aquellas empresas que, anteriormente a la entrada en vigor del Reglamento, estén registradas en un Estado Miembro y en su denominación social aparezca las siglas SE, de tal forma que no estarán obligadas a modificar su denominación social.

## Domicilio social

La determinación del domicilio social de la SE tendrá una importancia fundamental, puesto que uno de los criterios utilizados para colmar las lagunas del Reglamento<sup>24</sup> es la remisión al Derecho nacional del Estado Miembro del domicilio social.

El Reglamento de la SE al igual que en el caso de la AEIE<sup>25</sup> ha optado por el régimen de sede real, aunque dicha opción no afecta a *“lo dispuesto en las legislaciones de los Estados Miembros”*, ni *“prejuzga las opciones que puedan optarse por otras normas comunitarias en materia de Derecho de Sociedades”*<sup>26</sup>. Por lo tanto, en Derecho Comunitario la elección del régimen de sede real sólo vale para la SE y la AEIE.

El régimen de sede real o *“Sitztheorie”* es uno de los sistemas utilizado para determinar la *“lex societatis”* (ley estatal que rige una sociedad), es decir la nacionalidad de la sociedad.

En este sistema la *“lex societatis”* es la ley del Estado en cuyo territorio se localiza la sede real de la sociedad, con independencia de que la sociedad haya sido constituida o no de conformidad con el ordenamiento de dicho Estado. Cuando la sede real y el Estado de constitución no coinciden, la sociedad no se considerará válidamente constituida y deberá estar sujeta al derecho del Estado dónde tenga su sede real. En este tipo de sistemas la sede real se suele identificar con el establecimiento principal o con la administración central de la sociedad (criterio utilizado por el Reglamento de la SE).

Al establecer la sede real como criterio de conexión, limita la autonomía de la voluntad de los interesados y dificulta los desplazamientos transfronterizos de la sociedad, puesto que los cambios de sede real implican modificaciones de la *“lex societatis”*, lo cuál conlleva la disolución de la de la sociedad y la necesidad de constituir una nueva sociedad. No obstante, en el caso de la SE y la AEIE, como veremos, si se permite el traslado de domicilio social sin la consiguiente disolución de la sociedad.

---

<sup>24</sup> Vid. artículo 9.1c del Reglamento en el que se regula el sistema de fuentes.

<sup>25</sup> Vid. Reglamento 2137/85 de la AEIE.

<sup>26</sup> Vid. Considerando 27º del Reglamento de la SE.

Como alternativa al sistema de sede real existe el modelo de constitución/incorporación<sup>27</sup> o "*Gründungstheorie*", según el cual la "*lex societatis*" es la ley del Estado conforme a cuyo Derecho se haya constituido la sociedad. En este caso el criterio determinante es la voluntad de los socios que pueden elegir libremente la "*lex societatis*".

Ciertos Estados Miembros han optado por el sistema de sede real (Alemania, Francia, España) mientras que otros se han decantado por el sistema de constitución (Holanda, Gran Bretaña). Aunque tal como precisa Garcimartín es necesario subrayar que ninguno de los ordenamientos positivos sigue un modelo de sede real o de constitución puro sino que se orientan hacia uno u otro y tratan de introducir mecanismos correctivos. En este sentido podríamos considerar que el Reglamento de la SE al posibilitar el traslado de sede sin disolución no es un modelo de sede real puro.

En cambio, el Derecho Comunitario no se decanta por ninguno de los dos sistemas. Solamente ha tratado de analizar la posible incompatibilidad entre el sistema de sede real y la libertad de establecimiento, puesto que, como acabamos de ver, dicho sistema dificulta los desplazamientos transfronterizos de sociedades.

En la Sentencia Daily Mail<sup>28</sup> se analizó por primera vez esta cuestión y se reconoció que el Tratado en su artículo 58 sobre libertad de establecimiento respetaba la disparidad de las legislaciones nacionales, puesto que consideraba equivalentes la sede social, la administración central y el centro de actividad principal como vínculo de conexión con el territorio nacional con vistas a la constitución de la sociedad. Por otra parte también afirmaba que aún no se había celebrado ningún convenio entre los Estados Miembros que tuviera como finalidad asegurar el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de la sede de la sociedad de un país a otro como había previsto en el artículo 220<sup>29</sup> del Tratado.

Posteriormente, la Sentencia Centros<sup>30</sup> introdujo una auténtica revolución en el ámbito de la doctrina<sup>31</sup>. Según la sentencia las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento tienen como finalidad precisamente permitir a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado Miembro cuya sede social, administración central, o centro de actividades se encuentre en la Comunidad, ejercer por medio de agencia sucursal o filial actividades en otros Estados Miembros.

Gran parte de la doctrina considera que Centros reconoce la incompatibilidad del sistema de sede real con el Tratado y supone un punto de inflexión con respecto a la jurisprudencia anterior. Según su punto de vista, un Estado no puede denegar a una

---

<sup>27</sup> En el caso de que la sociedad además se haya inscrito en el Registro mercantil o de sociedades del Estado de constitución.

<sup>28</sup> Asunto C-81/87, Fj. 19-24.

<sup>29</sup> Artículo 293 TCEnn.

<sup>30</sup> Asunto C-212/97. Fj. 19, 20 y 26.

<sup>31</sup> Para un análisis al detalle vid. Garcimartín "La sentencia Centros : el status quaestionis un año después", *Noticias de la Unión Europea*, CISS Praxis, N° 195 (Abril 2001), pags. 79 y ss, "La Sitztheorie es incompatible con el Tratado CE: Algunas cuestiones de Derecho Internacional de sociedades iluminadas por la Sentencia TJCE de 9 de Marzo de 1999", *Revista de Derecho Mercantil*, 1999, pags. 645 y ss. También Deakin Simon, "Regulatory Competition versus Harmonisation in European Company Law, Working Paper N° 163 (Marzo 2000), ESCR Centre for Business Research, University of Cambridge.

sociedad que fije su establecimiento principal (entendido como sede real) en su territorio si se ha constituido conforme al Derecho de otro Estado Miembro, lo que implica que debe reconocer a dicha sociedad. En este sentido la falta de reconocimiento es contraria al Tratado y supone la incompatibilidad del sistema de sede real con la libertad de establecimiento.

Desde nuestro punto de vista parece más adecuada la tesis del Abogado General Ruiz-Jarabo en el Asunto *Überseering*<sup>32</sup>. El Abogado General introduce dos precisiones importantes:

En primer lugar, la omisión del artículo 293 (Ex .220) y la Sentencia *Daily Mail*.

En segundo lugar, las cuestiones relativas a la definición del punto de conexión de terminante de la "*lex societatis*", así como los problemas derivados de traslado transfronterizo de sede se regían y se rigen, a falta de armonización, por los ordenamientos de los Estados Miembros que deberán respetar el derecho material de origen comunitario.

Por otra parte al analizar la compatibilidad entre el modelo de sede real y la libertad de establecimiento, afirma que si el tratado no se ha pronunciado al respecto es porque reconoce el principio de neutralidad del Tratado en relación con la facultad de los Estados Miembros de definir el punto de conexión determinante de la "*lex societatis*". En este sentido, podemos destacar el hecho de que según el Abogado General el Considerando 27 del Reglamento de la SE refleja igualmente el principio de neutralidad<sup>33</sup>.

No obstante, en relación con este debate podemos resaltar las reflexiones del Documento de consulta elaborado por el Grupo de Expertos en Derecho de Sociedades<sup>34</sup> en el que se plantea la posibilidad de armonizar en el futuro el derecho nacional de los Estados Miembros con arreglo al sistema de incorporación, de tal forma que la limitación de la libertad de establecimiento sería mucho menor.

La elección del sistema de sede real también se manifiesta en al regular el domicilio de la SE. Según el artículo 7 el domicilio social deberá estar situado dentro de la Comunidad, "*en el mismo Estado miembro que su administración central. Además los Estados Miembros pueden imponer a las SE domiciliadas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar*".

De dicho precepto podemos deducir que el domicilio de la SE y su administración deben estar situados en el mismo Estado Miembro, sin perjuicio de que el ordenamiento interno determine que ambos deben estar situados en el mismo lugar.

No obstante, el Reglamento en el artículo 69 deja una puerta abierta para el cambio de criterio, al prever que en un plazo inferior a cinco años desde la entrada en vigor del Reglamento la Comisión presente un informe al Consejo y al Parlamento analizando, entre otras cuestiones, la conveniencia de "*permitir la radicación de la administración central y del domicilio social de una SE en diferentes Estados Miembros*".

---

<sup>32</sup> Asunto C-208/00, en el que el tribunal todavía no ha dictado sentencia.

<sup>33</sup> Conclusiones del Abogado General, punto 69 y cita 49.

<sup>34</sup> Págs. 31 a 35 de dicho Documento de Consulta.

Según Garcimartín<sup>35</sup>, el cambio de criterio sería *“una solución más adecuada a las necesidades del tráfico y menos discriminatoria para la SE. Desde su punto de vista carece de sentido que una sociedad holandesa pueda fijar su administración central en Dinamarca, por ejemplo, pero que no pueda hacer lo mismo una SE en Holanda. Todavía parece más ilógico que esa sociedad holandesa pueda desplazar libremente sus oficinas centrales dentro de la Comunidad, pero que una SE no pueda hacerlo...”*.

Dicho autor considera que al optar por el modelo de *“sede real”* se está *“reconociendo implícitamente que la SE tiene poco de europea y mucho de nacional”* ya que se está garantizando la aplicación del ordenamiento nacional dónde la sociedad centraliza la mayor parte de sus actividades.

Para garantizar la aplicación del criterio de sede real se han previsto una serie de mecanismos de control:

Ex ante, por parte de las autoridades nacionales competentes, al efectuar la inscripción de la constitución de la sociedad deberán comprobar que la administración central se encuentra en dicho Estado Miembro.

Ex post, en virtud del artículo 64 del Reglamento que determina que el Estado Miembro dónde tenga su domicilio social adoptará las medidas adecuadas para que la SE regularice su situación en un plazo determinado:

- Reimplantando su administración central en el Estado Miembro del domicilio.
- Trasladando el domicilio social mediante el procedimiento previsto en el artículo 8 del Reglamento.
- Según el artículo 64.2 el incumplimiento de las medidas anteriores autoriza al Estado Miembro a adoptar las medidas necesarias para efectuar la liquidación de la sociedad.
- No obstante, se prevé el establecimiento, por parte del Estado Miembro del domicilio social, de un recurso jurisdiccional contra cualquier acto de infracción del artículo 7 del Reglamento. El recurso tendrá efectos suspensivos de las medidas explicadas anteriormente.
- Finalmente, el apartado 4 del artículo 64 establece un régimen de vigilancia pública al determinar que en caso de que se compruebe por parte de las autoridades o por cualquier interesado que una SE tiene su administración central en un Estado Miembro distinto al del domicilio, las autoridades de dicho Estado Miembro informarán sin demora al Estado Miembro en el que se encuentre el domicilio social<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Garcimartín (2002), pág. 15.

<sup>36</sup> Según Garcimartín en este apartado se puede ver una clara influencia del Derecho Alemán, (2002) pág. 16.



## Traslado del domicilio social

Uno de los rasgos más alabados del Reglamento es la posibilidad de efectuar un traslado del domicilio social sin la consiguiente disolución de la sociedad lo cual hasta el día de hoy, salvo en el caso de la AEIE, era prácticamente imposible. El Reglamento al igual que en el caso de la AEIE sigue el modelo de sede real modificado, puesto que permite el traslado de domicilio social.

En cambio, en un modelo de sede real puro lo normal es que el cambio de sede conlleve un cambio de "*lex societatis*", lo cual supone en la mayor parte de los casos la extinción de la personalidad jurídica y la necesidad de crear una nueva persona jurídica en el Estado de destino.

Con carácter previo al análisis del Reglamento, hemos de tener en cuenta que el Tratado de Roma en su artículo 220 había previsto el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad en caso de traslado del domicilio social de un país a otro y que se realizaría por la vía de convenciones entre los Estados Miembros.

Tal y como visto anteriormente esta norma fue analizada en la Sentencia *Daily Mail*<sup>37</sup> que constató ante la falta de convenios al respecto, la imposibilidad de "*interpretar los artículos 52 y 58 del tratado como atributivos, a favor de sociedades constituidas de conformidad con una legislación nacional, de un derecho de trasladar su sede de dirección y su administración central a otro Estado Miembro y a conservar al mismo tiempo su condición de sociedades del Estado Miembro con arreglo a cuya legislación fueron constituidas*"<sup>38</sup>. No obstante tal afirmación sólo era válida en la situación vigente en aquel momento en el Derecho Comunitario.

El Abogado General Ruiz-Jarabo también se ha pronunciado al respecto en la Conclusión General del Asunto *Überseering*<sup>39</sup>. Desde su punto de vista la Sentencia *Centros* introduce en la libertad de establecimiento de sociedades los criterios generales para apreciar la compatibilidad con las normas del Tratado de las restricciones de la libertad fundamental reconocidas por la jurisprudencia del TJCE. Esta afirmación supone el reconocimiento de la eficacia inmediata de las normas sobre libre establecimiento de sociedades, lo que a su vez implica el abandono, o en todo caso, la relativización de la reserva recogida en el artículo 293 (Ex. 220), lo cual ya fue anunciado aunque de manera tangencial por la Sentencia *Segers* de 10 de Julio de 1986.

Por otra parte hasta el día de hoy, ninguna convención ha sido aprobada y por lo tanto muy pocos Estados Miembros permiten el traslado del domicilio social de la sociedad a otro Estado Miembro sin la disolución y con el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad. A modo de ejemplo: Italia y Portugal permiten esta posibilidad bajo ciertas condiciones<sup>40</sup>, Francia condiciona su aplicación a la celebración de acuerdos internacionales (todavía no se ha concluido ningún convenio), en cambio Alemania la

---

<sup>37</sup> Asunto C-81/87, Fj. 21-24.

<sup>38</sup> *Daily Mail*, C-81/87, Fj. 24.

<sup>39</sup> C-208/00.

<sup>40</sup> Vid. *Blanquet*, op. cit. pág 87.

excluye por completo<sup>41</sup> por temor a que las grandes empresas alemanas utilicen el traslado del domicilio social para evitar la aplicación del régimen de cogestión ("*Mitbestimmung*").

Las razones jurídicas al rechazo eran de doble orden:

- ❑ El domicilio constituye el elemento principal de la nacionalidad y por otra parte es el punto de unión de la ley aplicable a esta misma sociedad ("*lex societatis*"). El traslado conlleva un cambio de nacionalidad de la sociedad y de ley aplicable, y por lo tanto puede hacer dudar de la supervivencia de la personalidad jurídica de la sociedad frente a cambios tan radicales.
- ❑ El traslado puede conllevar una fuerte pérdida de ingresos fiscales para los Estados Miembros con un sistema de imposición sobre los ingresos mundiales<sup>42</sup>. En relación con la pérdida de ingresos fiscales podemos mencionar nuevamente la Sentencia Daily Mail en el que el Reino Unido trato de evitar el traslado de sede de una sociedad a los Países Bajos.

El Reglamento en el considerando 24 indica que debe existir la posibilidad de que la SE traslade su domicilio social a otro Estado Miembro. Por otra parte añade: "*La debida protección de los intereses de los accionistas minoritarios que se opongan al traslado, así como de los acreedores y los titulares de otros derechos, deberá ser proporcionada. Dicho traslado no debería afectar a los derechos nacidos antes del traslado*".

El artículo 8 del Reglamento sigue la línea marcada por el considerando y establece una regulación detallada de traslado de sede que trata en todo momento de garantizar la protección de los derechos de los accionistas minoritarios y los acreedores sociales.

Según el artículo 8 el "*traslado no dará lugar a la disolución de la SE ni a la creación de una nueva persona jurídica*". La posibilidad del traslado constituye una ventaja frente a las sociedades nacionales, pues su traslado depende de lo que disponga el Estado de origen y el Estado requerido<sup>43</sup>.

No obstante, de conformidad con el contenido del artículo 64, que hemos abordado anteriormente, el traslado del domicilio social llevará aparejado obligatoriamente el traslado de la administración central, pues una violación de esta obligación conllevará la disolución de la sociedad y la consiguiente aplicación del procedimiento previsto en el artículo 64.

Para poder efectuar el traslado es preciso que el órgano de dirección o administración elabore un proyecto de traslado, cuyo contenido será el siguiente:

- ❑ La denominación social, el domicilio social y número actuales de la SE.
- ❑ El nuevo domicilio social propuesto para la SE.

---

<sup>41</sup> Para más detalle vid. Menjuq Michel, La mobilité des entreprises, *Revue des Sociétés*, 2001, V 119 n° 2, pág 212.

<sup>42</sup> Vid. Menjuq, op. cit. ant. pág. 212.

<sup>43</sup> Vid. Garcimartín (2001) págs. 125-135.

- ❑ Los estatutos propuestos para la SE y, en su caso, si está previsto el cambio de denominación, la nueva denominación social.
- ❑ Cualquier repercusión que pueda tener el traslado en la implicación de los trabajadores en la SE.
- ❑ Las fechas propuestas para el traslado.
- ❑ Los derechos previstos para la protección de accionistas y/o acreedores.

El proyecto deberá publicarse según lo dispuesto por la legislación del Estado Miembro del domicilio social de conformidad con la Directiva 68/151/CEE.

El órgano de dirección o de administración, además deberá presentar un informe en el que se expliquen y justifiquen los aspectos jurídicos y económicos del traslado y se expongan sus consecuencias para los accionistas y los acreedores. Éstos tendrán derecho a examinar, durante al menos un mes antes de la Junta General que deba pronunciarse sobre el traslado, el proyecto del traslado y el informe, así como el derecho a obtener copias gratuitas de dichos documentos.

Los Estados Miembros, respecto las SE registradas en su territorio, podrán adoptar disposiciones que tengan como finalidad garantizar una protección adecuada a los accionistas minoritarios que se hayan pronunciado en contra del traslado<sup>44</sup>.

La decisión del traslado no podrá adoptarse hasta dos meses después de la publicación del proyecto siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 59. El plazo de dos meses tiene como fin garantizar la protección de terceros tal y como afirma Menjucq<sup>45</sup>.

En relación con el procedimiento establecido por el artículo 59 (supuestos de modificación de Estatutos), la decisión ha de ser tomada por la Junta General de Accionistas por mayoría superior a dos tercios de los votos emitidos, salvo que la legislación del Estado Miembro del domicilio social prevea una mayoría más elevada o una mayoría simple si la mitad de las acciones suscritas esta representada. La doctrina ha criticado duramente la posibilidad de endurecer las condiciones de mayoría (Ej. 3/4) ya que de nuevo se están poniendo dificultades al traslado del domicilio<sup>46</sup>.

Por otra parte, según Garcimartín<sup>47</sup> las normas de mayoría cualificada y la posibilidad de que exista un derecho de separación, si la legislación del Estado Miembro lo prevé en aplicación del artículo 8.5 del Reglamento, producen una sobreprotección de los accionistas lo cuál sería contrario a lo estipulado en el considerando 24 del Reglamento.

Al igual que el apartado 5 para los accionistas, el apartado 7 del artículo 8 se remite a la legislación del Estado Miembro del domicilio de la SE para garantizar una efectiva protección de los intereses de los acreedores. Además, determina que de manera previa a

---

<sup>44</sup> Según Garcimartín este apartado está previsto para aquellos ordenamientos que prevén un derecho de separación de los accionistas que votaron en contra del acuerdo (Ej. Artículo 149.2 II LSA), lo cuál por su elevado coste puede acabar frustrando la operación. Vid. Garcimartín (2002), pág. 18.

<sup>45</sup> Menjucq, op. cit. pág. 1085 y ss.

<sup>46</sup> Vid. Menjucq, op. cit. pág. 1090, Blanquet op. cit. pág. 89 y Garcimartín (2002) pág. 18.

<sup>47</sup> Op. cit. ant. pág 18.

la expedición del certificado de traslado por la autoridad competente, la SE deberá demostrar que, por lo que respecta a cualquier obligación contraída con anterioridad a la publicación del proyecto de traslado, los intereses de acreedores y titulares de otros derechos en relación con la SE (incluidos los de los organismos públicos) han quedado debidamente protegidos de conformidad con lo dispuesto por el Estado Miembro de domicilio actual.

El cumplimiento de los actos y trámites exigidos antes del traslado será verificado por un tribunal, notario u otra autoridad competente, del Estado Miembro del domicilio social, que deberá emitir un certificado de traslado que acredite dicho cumplimiento.

Para efectuar la inscripción en el nuevo Estado es preciso presentar el certificado de cumplimiento y cumplir los trámites requeridos para efectuar el registro por el nuevo Estado.

La operación de traslado de domicilio social surtirá efecto cuando se haya efectuado la inscripción en el nuevo registro de conformidad con el procedimiento establecido por el artículo 12 del Reglamento. Tras la inscripción, el registro del nuevo domicilio enviará una notificación al registro del domicilio social anterior, momento en el cuál se producirá la baja en el registro anterior. A su vez, en los Estados Miembros correspondientes se publicarán las inscripciones y bajas respectivas.

A partir de la publicación de la nueva inscripción de la SE, el nuevo domicilio social surtirá efectos frente a terceros. No obstante, hasta que no se publique la baja en el registro anterior, los terceros podrán seguir prevaliéndose del domicilio anterior salvo que la SE demuestre que tenían conocimiento del nuevo domicilio.

El apartado 14 establece al igual que en el caso del Reglamento de la AEIE la posibilidad de que el Estado Miembro se oponga al traslado de SE registradas en su territorio por motivos de interés público.

Un traslado de domicilio que suponga un cambio de legislación aplicable no surtirá efecto, si en el plazo de dos meses desde la publicación del proyecto la autoridad competente<sup>48</sup> de dicho Estado Miembro se opusiere a ello por razones de interés público. Según Gómez Calero<sup>49</sup> dicha expresión en el caso de la AEIE, que establece una regulación idéntica, es equivalente a motivos de orden público y opuesta a intereses particulares, los cuales serían rehuir la aplicación de la ley española o el fraude de ley.

De nuevo es necesario traer a colación el asunto Daily Mail en el que se planteó como cuestión prejudicial la posibilidad de someter el traslado del domicilio social y administración central a otro Estado Miembro a una autorización previa cuando se produzca un intento de evasión fiscal. No obstante, el tribunal no respondió esta cuestión al considerar, como hemos visto, que no había la posibilidad de efectuar dicho traslado en el estado actual del Derecho Comunitario.

Desde nuestro punto de vista el Reglamento no especifica el significado de interés público por lo que estamos ante un concepto demasiado amplio y discrecional que puede

---

<sup>48</sup> En el caso de la AEIE el art. 22.2 de la Ley 12/91 designó como órgano competente al Gobierno a propuesta del Ministro de Justicia.

<sup>49</sup> Vid. Gómez Calero Juan, *Las Agrupaciones de Interés Económico. Las Uniones Temporales de Empresa*, Tratado de Derecho Mercantil Tomo XVIII, Marcial Pons Derecho (2001), pág. 296 y 297.

dificultar el traslado de domicilio social. La única forma de evitar abusos por parte de los Estados Miembros es comprobar el cumplimiento de los cuatro criterios de la jurisprudencia Gebhard<sup>50</sup>:

- Se apliquen de manera no discriminatoria.
- Estén justificadas por razones imperiosas de interés general.
- Sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen.
- No vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

No obstante el Reglamento permite la posibilidad de plantear un recurso ante la autoridad judicial competente, lo cual constituye una importante garantía.

Igualmente, en el caso de una SE que realiza actividades sujetas a supervisión financiera por una autoridad nacional, dicha autoridad nacional podrá oponerse al traslado. En tal caso, también cabe la posibilidad de acudir ante el órgano jurisdiccional competente.

En el caso de que se haya iniciado un procedimiento de disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos u otros procedimientos análogos la SE no podrá efectuar el traslado de domicilio social.

Finalmente, el apartado 16 establece una regla de competencia judicial según la cual cuando una SE ha trasladado su domicilio social a otro Estado Miembro, para cualquier reclamación que se suscite con anterioridad a dicho traslado, la SE se considerará domiciliada en el Estado anterior, aunque la demanda fuese posterior.

Según Garcimartín<sup>51</sup> esta regla determina que el foro general (foro de competencia que es determinado por el domicilio del demandado) permanece aún cuando en el momento de presentación de la demanda el demandado haya cambiado de domicilio. Garcimartín considera que esta norma debería ser interpretada “contra verba legem” al ser completamente contraria a las reglas procesales vigentes y Reglamentos comunitarios (Ej. Reglamento 44/2001). No obstante, el artículo 69c del Reglamento permite modificar este criterio cinco años después de la entrada en vigor del Reglamento, en función de las cláusulas que se hayan podido insertar en el Convenio de Bruselas de 1968 y textos adoptados por los Estados Miembros o el Consejo para sustituir el Convenio.

## **Sistema de fuentes**

Tal y como hemos visto anteriormente, ante la imposibilidad de crear una SE de carácter supranacional, se ha optado por un tipo societario mixto (comunitario-nacional) a

---

<sup>50</sup> Asunto Gebhard, C-55/94, Fj. 37.

<sup>51</sup> Vid. Garcimartín (2002) pág.19.

través de remisiones al derecho nacional del Estado Miembro del domicilio social de la SE, de tal forma que habrá tantas modalidades de SE como de Estados Miembros<sup>52</sup>.

El sistema de fuentes establecido por el artículo 9 es el siguiente:

En primer lugar las disposiciones del Reglamento.

En segundo lugar, cuándo el Reglamento lo autoriza expresamente las disposiciones acordadas por las partes en los Estatutos de la SE.

Los Estatutos pueden determinar bastantes cuestiones de la organización y funcionamiento de la empresa. A título de ejemplo podemos citar varios: La elección entre un régimen de administración monista (órgano de administración) y un régimen de administración dualista (órgano de dirección y órgano de control), posibilidad de que la Junta General de Accionistas nombre y revoque a los miembros del órgano de dirección, número de miembros del órgano de control y reglas para su determinación, tipos de operaciones que requieren autorización del órgano de control.

No obstante, la libertad estatutaria no es ilimitada pues deberá respetar las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores que se hayan adoptado e incluso si en virtud de la Directiva de implicación de los trabajadores en la SE se han adoptado disposiciones contrarias a los Estatutos, éstos deberán ser modificados (Artículo 12.4 del Reglamento). En este supuesto los Estados Miembros pueden determinar que el órgano de dirección o administración pueda modificar los estatutos sin nuevo acuerdo de la Junta General de Accionistas.

Gran parte de la doctrina considera que el sistema de fuentes establecido para la SE otorga muy poca libertad estatutaria a los fundadores de la SE y en este sentido consideran que la SE es propiamente una sociedad- institución en lugar de la deseada sociedad-contrato, cuya característica fundamental es la libertad estatutaria.

En tercer lugar, respecto a las materias no reguladas por el Reglamento, o si se trata de materias reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos por el Reglamento:

- ❑ Las disposiciones legales que adopten los Estados Miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieren específicamente a las SE. Dichas normas deberán cumplir lo dispuesto por las Directivas sobre el capital social (2ª Directiva), fusión (3ª Directiva) y escisión (6ª Directiva) aplicables a las sociedades anónimas nacionales.
- ❑ Las disposiciones legales de los Estados Miembros que fuesen de aplicación a una Sociedad Anónima constituida de conformidad con la legislación del Estado Miembro del domicilio social. Dentro de este apartado se incluirían normas de constitución, capital, registro y publicidad, responsabilidad de los órganos de dirección. Estas reglas han de respetar el contenido y el espíritu del Reglamento de la SE.
- ❑ Las disposiciones de los Estatutos en las mismas condiciones que rigen para las Sociedades Anónimas constituidas de conformidad con la legislación del Estado

---

<sup>52</sup> Como veremos más adelante esta técnica ha sido duramente criticada por parte de la doctrina y el Parlamento Europeo.

Miembro del domicilio social, de tal forma que la autonomía privada deberá respetar los límites establecidos por la legislación nacional. En relación con la autonomía privada de las partes, el artículo 69 d del Reglamento prevé una cláusula que permita en el futuro ampliar dicha autonomía en la SE respecto a la autonomía reconocida a las sociedades anónimas por parte de la legislación nacional.

El Reglamento también advierte que las disposiciones específicas para la SE adoptadas por los Estados Miembros deberán ser conformes a las Directivas aplicables a las sociedades anónimas que son mencionadas en el Anexo I del Reglamento.

Por último el apartado 3 prevé que para aquellas actividades que estén específicamente reguladas por disposiciones nacionales (Ej. actividades financieras), dichas disposiciones serán aplicables a la SE.

### **Cláusula de no discriminación**

El Considerando 5º advierte que los Estados Miembros han de garantizar igualdad de tratamiento con respecto a las sociedades anónimas nacionales y evitar las limitaciones desproporcionadas a la constitución de una SE o al traslado de domicilio.

Según el artículo 10 del Reglamento, salvo que el Reglamento indique lo contrario la SE recibirá en cada Estado Miembro el mismo trato que una sociedad anónima. En definitiva, trata de evitar discriminaciones injustificadas a favor de las sociedades anónimas nacionales.

### **Registro y publicidad**

En virtud del artículo 12, el registro de la SE deberá efectuarse en el registro designado por el Estado Miembro del domicilio social de conformidad con el artículo 3º de la 1ª Directiva (68/151/CEE). Tal y como hemos adelantado anteriormente al tratar la personalidad jurídica de la SE, el registro de la SE no podrá efectuarse hasta que se haya celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores salvo que concurren una serie de excepciones:

- Se haya decidido no iniciar las negociaciones o terminar las negociaciones ya iniciadas.
- Haya expirado el período de negociaciones sin que se haya alcanzado ningún acuerdo con la consiguiente aplicación de las disposiciones de referencia del Anexo de la Directiva sobre implicación de los trabajadores.

No obstante el artículo 7.3 de la Directiva 2001/86 incluye otra excepción al permitir a un Estado Miembro no aplicar las disposiciones de referencia sobre participación en el caso de una SE constituida por fusión. En tal caso, la SE sólo podrá registrarse en dicho

Estado si existe un acuerdo de implicación entre las partes, o bien si ninguna de las sociedades participantes estuvo sujeta a normas de participación antes de la inscripción de la SE.

Los actos y datos relativos a la SE que deban publicarse, se publicarán de acuerdo con la legislación del Estado Miembro del domicilio social, de conformidad con la Directiva 68/151/CEE.

La inscripción y baja de una SE serán publicadas a título informativo en el DOCE, tras la publicación en el Estado del domicilio social. En el anuncio se indicará: La denominación social, el número, la fecha, el lugar y título de la publicación, el domicilio social de la SE y su sector de actividad. En el caso de efectuarse el traslado del domicilio social se publicará un anuncio en el DOCE incluyendo los datos mencionados anteriormente y los relativos a la nueva inscripción.

## **CONSTITUCIÓN**

La constitución de la SE está regulada por lo dispuesto en el Reglamento y por la *"legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado en que la SE fije su domicilio social"* (Artículo 15 del Reglamento). Por lo tanto en materia de constitución habrá de someterse a una doble regulación: Reglas uniformes contenidas en el Reglamento y la legislación nacional del Estado del domicilio social en lo referente a constitución de sociedades anónimas.

### **Requisitos Generales**

I. Sociedad: La constitución de una SE no puede efectuarse por personas físicas, sino que es preciso que se trate de una sociedad y según la forma de constitución solamente determinados tipos de sociedades podrán constituirse en SE.

A saber: En la constitución de una SE por fusión o por transformación sólo podrán participar sociedades anónimas, en la constitución de una SE *"holding"* pueden participar sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, y en la constitución de una SE *"filial"*, en cambio, puede participar cualquier sociedad o entidad jurídica de Derecho público o privado.

La SE al tener la misma consideración que una sociedad anónima también puede tomar parte en la constitución de otra SE y también se permite la constitución de filiales bajo la forma de SE.

El hecho que no se permite participar a personas físicas *"ab initio"* en la constitución de la SE no impide que posteriormente adquieran la condición de socio.

II. Nacionalidad Comunitaria: En la constitución de una SE solamente podrán participar aquéllas sociedades *"constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado Miembro y que tengan su domicilio social y su administración central en la Comunidad"* (Artículo 2.2 del Reglamento).



Sin embargo, se permite la creación por parte de una sociedad cuya administración central se localice en un tercer Estado, siempre que se haya constituido con arreglo a la ley de un Estado Miembro, tenga en él su domicilio social y presente una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado Miembro.

III. Transnacionalidad de las sociedades constituyentes: Para poder constituir una SE es preciso la implicación al menos de dos sociedades de Estados Miembros diferentes, salvo si se trata de una SE "filial" constituida por una SE. El Reglamento no establece una cláusula general de transnacionalidad sino es tipificada en función de la forma de constitución<sup>53</sup>:

- ❑ La constitución por fusión podrá efectuarse por sociedades anónimas siempre que al menos dos de ellas pertenezcan a Estados Miembros diferentes.
- ❑ La constitución de una SE *holding* o SE filial puede ser realizada por sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada siempre que al menos dos de ellas estén sujetas a ordenamientos de distintos Estados Miembros o tengan una filial sujeta al ordenamiento de otro Estado Miembro o una sucursal en otro Estado Miembro desde dos años antes.
- ❑ La constitución de una SE por transformación de sociedad anónima requiere que ésta haya tenido una filial sujeta al ordenamiento de otro Estado Miembro durante al menos dos años.

## La SE en formación

Tal y como hemos visto anteriormente, la SE no puede adquirir la personalidad jurídica hasta que se haya efectuado el registro de la SE de conformidad con el artículo 12 del Reglamento. Sin embargo, durante el periodo anterior al registro los administradores de la SE pueden realizar actos en nombre de la SE.

El Reglamento incluye una regla especial que determina la responsabilidad solidaria, salvo acuerdo en contrario, de personas físicas, sociedades u otras entidades jurídicas que hayan realizados actos en nombre de la SE antes de su inscripción cuando, posteriormente las obligaciones que se derivan de dichos actos no hayan sido asumidas por la SE. Esta norma se ha inspirado en otros preceptos de Derecho Derivado como el artículo 7 de la Directiva de publicidad o el Reglamento sobre la AEIE.

Para el resto de cuestiones que se puedan suscitar durante esta situación provisional tenemos que acudir a la legislación de sociedades del Estado Miembro donde la SE establecerá su domicilio social.

---

<sup>53</sup> Garcimartín ha sido muy crítico al considerar que los distintos criterios de transnacionalidad son arbitrarios, fáciles de evadir mediante la creación de filiales o establecimientos inoperantes y son poco acordes con las libertades comunitarias ya que discrimina a aquéllos que optan por ofrecer sus productos o servicios desde su país en relación con aquéllos que optan por la libertad de establecimiento. Vid. Garcimartín (2002), pág. 22.

## Formas de constitución

I. Constitución de una SE mediante fusión: Esta modalidad de constitución solamente podrá efectuarse por sociedades anónimas *“constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro que tengan su domicilio social y administración central en la Comunidad, siempre y cuando al menos dos ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados Miembros diferentes”* (Artículo 2.1 del Reglamento).

La fusión podrá efectuarse de 2 formas:

- Mediante el procedimiento de fusión por absorción de conformidad con el artículo 3.1 de la 3ª Directiva (78/855/CEE) sobre fusiones de sociedades anónimas. En este caso, la sociedad absorbente se convertirá en SE.
- Mediante el procedimiento de fusión por constitución de una nueva sociedad de conformidad con el artículo 4.1 de la directiva anterior. La nueva sociedad sería la SE.

El artículo 18 del Reglamento establece una remisión (idéntica a la del artículo 9) para aquéllas cuestiones no reguladas, o cuando una materia esté regulada parcialmente, para los aspectos no cubiertos por ella, a las disposiciones nacionales aplicables a cada sociedad participante de conformidad con la 3ª Directiva<sup>54</sup>.

El procedimiento sigue las líneas generales establecidas por la 3ª Directiva, aunque introduciendo algunas particularidades propias de la SE.

Los órganos de dirección o de administración de las sociedades deben elaborar un proyecto de fusión que incluirá los siguientes aspectos:

- La denominación y el domicilio social de las sociedades que se fusionen y el previsto para la SE.
- La relación de canje de las acciones y en su caso el importe de la compensación.
- Las formas de entrega de las acciones de la SE.
- La fecha a partir de la cuál estas acciones darán derecho a participar en los beneficios y toda condición especial que pueda afectar a este derecho.
- La fecha a partir de la cuál las operaciones de las sociedades fusionadas se considerarán, desde el punto de vista contable, como efectuadas por la SE.
- Derechos que garantiza la SE a los accionistas que tuvieren derechos especiales y a los portadores de títulos distintos a las acciones.
- Las ventajas particulares atribuidas a los peritos que estudien el proyecto de fusión, así como a los miembros de los órganos de administración, de dirección, de vigilancia o de control de las sociedades que se fusionen.
- Los Estatutos de la SE.

---

<sup>54</sup> En el caso español se trataría de los artículos 233 y ss de la LSA.

- Información sobre el procedimiento que determinará la implicación de los trabajadores en la SE, de conformidad con la Directiva 2001/86/CE.
- Todas aquellos elementos que las sociedades estimen oportunos añadir al proyecto de fusión.

El proyecto deberá publicarse en el Boletín Oficial del Estado Miembro dónde esté registrada la sociedad en cuestión, incluyendo los siguientes datos relativos a cada una de las sociedades que se van a fusionar:

- La forma, denominación, y el domicilio social de las sociedades que se fusionan.
- El registro en el que se hayan entregado los documentos a que se refiere el artículo 3.2 de la Directiva 68/151/CEE (1ª Directiva), para cada una de las sociedades que se fusionen y el número de inscripción en tal registro.
- Las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores, de conformidad con el artículo 24, así como la dirección dónde se pueda obtener, sin gastos, una información exhaustiva sobre dichas condiciones.
- Las condiciones de ejercicio de los derechos de los accionistas minoritarios de la sociedad de que se trate de conformidad con el artículo 24, así como la dirección dónde pueda obtenerse, sin gastos, una información detallada sobre dichas condiciones.
- La denominación y el domicilio previstos para la SE.

Respecto al control externo de la operación, igualmente, se opta por una remisión a la 3ª Directiva 78/855/CEE al establecer un perito por sociedad participante en la fusión y la posibilidad de realizar un peritaje conjunto con la participación de uno o más peritos independientes designados, previa petición conjunta de dichas sociedades, por una autoridad judicial o administrativa del Estado Miembro del que dependa una de las sociedades que se fusionen o la futura SE. Los peritos podrán estudiar el proyecto de fusión y redactar un informe único destinado a la totalidad de los accionistas y además están autorizados a pedir cualquier información que estimen necesaria para poder cumplir su cometido.

Para que la fusión pueda seguir adelante la Junta General de Accionistas de las sociedades que se fusionen deberán aprobar el proyecto de fusión y también podrá condicionar el registro de la SE a la ratificación por parte de la SE de las disposiciones sobre implicación de los trabajadores que determine la Junta de conformidad con la Directiva 2001/86/CE.

Para garantizar los derechos de las personas afectadas por la fusión el Reglamento establece una remisión a los ordenamientos dónde estén registradas las sociedades que participan en la fusión en lo referente a protección de los intereses de:

Acreedores de las sociedades que se fusionen, obligacionistas de las sociedades que se fusionen y tenedores de títulos distintos de acciones a los que correspondan derechos especiales en las sociedades que se fusionen. Además, los Estados Miembros podrán adoptar disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada de los accionistas minoritarios que se hayan pronunciado en contra de la fusión.

El control de la legalidad de la fusión presenta un rasgo particular, puesto que se realiza en dos etapas: En primer lugar, por las autoridades de origen de cada sociedad, y, en segundo lugar, por las autoridades del país de constitución de la SE.

Durante la primera fase el control de legalidad de la fusión se efectuará con arreglo a la legislación sobre fusión de sociedades anónimas aplicable en el Estado Miembro de su domicilio. Un tribunal, notario u otra autoridad competente expedirá un certificado que acredite el cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión. En el caso de que un Estado Miembro, al que esté sujeta una sociedad que se fusione, establezca un procedimiento para controlar y modificar la relación de canje de las acciones o un procedimiento para compensar a los accionistas minoritarios, sin impedir la inscripción de la fusión, tales procedimientos sólo se aplicarán cuándo las demás sociedades participantes en la fusión, situadas en un Estado Miembro que no prevean tal procedimiento, acepten explícitamente, al aprobar el proyecto de fusión la posibilidad de que los accionistas de dicha empresa que se fusiona recurran a tal procedimiento. En este caso, el tribunal, notario u otra autoridad competente del Estado Miembro del futuro domicilio de la SE podrá expedir el certificado previsto en el artículo 25.2 aún cuando ya haya dado comienzo un procedimiento de este tipo. Sin embargo, en el certificado deberá constar que dicho procedimiento está pendiente de resolución y que su resultado será vinculante para la empresa absorbente y para todos los accionistas.

En la segunda fase, se analizará la realización de la fusión y la constitución de la SE por un tribunal, notario u otra autoridad competente del Estado Miembro del futuro domicilio de la SE competente en materia de control de este aspecto de la legalidad de la fusión de sociedades anónimas. Cada sociedad que se fusione deberá remitir a dicha autoridad el certificado que debía emitir el Estado de origen (Artículo 25.2), en el plazo de seis meses a partir de su expedición y una copia del proyecto de fusión aprobado por la sociedad. La autoridad competente deberá verificar que las sociedades que se fusionen han aprobado un proyecto de fusión en los mismos términos, que hayan establecido las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores y que la constitución de la SE se ajuste a las condiciones establecidas en la legislación del Estado Miembro del domicilio social.

No obstante, el artículo permite 19 otra posibilidad de efectuar un control de la fusión al permitir la oposición a la fusión por razones de interés público. En este sentido, la legislación de los Estados Miembros pueden prohibir que una sociedad sujeta a dicho ordenamiento no pueda participar en la constitución de la SE por fusión en caso de que una autoridad competente de dicho Estado Miembro se oponga a ello antes de la expedición del certificado al que se refiere el artículo 25.2 del Reglamento. Dicha oposición sólo podrá realizarse por razones de interés público y siempre se podrá recurrir dicha decisión por vía judicial. Esta cláusula está redactada en términos muy parecidos a la excepción de interés público del traslado del domicilio social por lo que también consideramos aplicable en este caso la jurisprudencia Gebhard.

La fusión y la constitución simultánea de la SE surtirán efecto el día en que quede registrada la SE y la inscripción sólo podrá llevarse a cabo cuando se hayan efectuado todos los trámites que acabamos de ver. La fusión se hará pública según el procedimiento que prevea la legislación de cada Estado Miembro, de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE, respecto de cada una de las sociedades que se fusionen.

La nulidad de la fusión no podrá decretarse una vez que se haya producido la inscripción de la SE, no obstante, la ausencia de control de legalidad de la fusión podrá constituir una causa de disolución de la SE.

La fusión efectuada por el procedimiento de absorción producirá ipso iure los siguientes efectos:

- La transmisión universal a la sociedad absorbente de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de cada sociedad absorbida.
- Los accionistas de la sociedad absorbida se convertirán en accionistas de la sociedad absorbente.
- La sociedad absorbida dejará de existir.
- La sociedad absorbente se convertirá en SE.

La fusión efectuada por constitución de nueva sociedad producirá ipso iure los siguientes efectos:

- La transmisión universal a la nueva SE de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de las sociedades que se fusionen.
- Los accionistas de las sociedades de las sociedades que se fusionen se convertirán en accionistas de la nueva SE.
- Las sociedades que se fusionen dejarán de existir.

En ambos casos se produce la transmisión universal del patrimonio, no obstante el Reglamento introduce dos reglas especiales:

- Cuando la legislación de un Estado Miembro imponga en la fusión de sociedades anónimas trámites especiales para la transmisión de determinados bienes, derechos, y obligaciones aportados por las sociedades que se fusionen sea oponible a terceros, dichos trámites se aplicarán y serán efectuados por las sociedades que se fusionen o por la SE a partir del día en que tenga lugar su inscripción.
- En el caso de derechos y obligaciones de las sociedades participantes en materia de términos y condiciones de empleo derivados de la legislación y prácticas nacionales, de los contratos de trabajo individuales o de las relaciones laborales existentes en la fecha del registro, se transferirán, en razón de dicho registro, a la SE en el momento de su registro.

Finalmente, se prevé un procedimiento simplificado para la fusión de sociedades de un grupo:

- Cuando una sociedad que posea todas las acciones y demás títulos que confieran el derecho de voto en la Junta General de otra sociedad, realice una fusión por absorción no se aplicarán las disposiciones de las letras b, c y d del apartado 1º del artículo 20, del artículo 22 y de la letra b del apartado 1º del artículo 29. Sin embargo, se aplicarán las disposiciones nacionales aplicables a cada una de las

sociedades que se fusionen de conformidad con el artículo 24 de la 3ª Directiva (78/855/CEE).

- ❑ Cuando la sociedad posea el 90% o más, pero no la totalidad de las acciones y demás títulos que confieran el derecho de voto en la Junta General de otra sociedad, lleve a cabo una fusión por absorción sólo se requerirán informes a cargo del órgano directivo o administrativo, informes de uno o más peritos independientes, así como los documentos necesarios para el control en la medida que lo exija la legislación nacional aplicable a la sociedad absorbente o a la absorbida. No obstante, los Estados Miembros podrán aplicar esta norma cuando una sociedad posea acciones que confieran el 90% o más de los derechos de voto, pero no la totalidad.

II. Constitución de una SE *holding*: Las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada "*constituidas con arreglo al ordenamiento de un Estado Miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad*" podrán constituirse en SE *holding* siempre que al menos dos de ellas:

*"Estén sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados Miembros o,*

*Tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado Miembro o una sucursal en otro Estado Miembro desde por lo menos dos años antes"* (Artículo 2.2 del Reglamento).

El rasgo más característico de esta forma de constitución es que las sociedades que promueven la creación de la SE transmiten sus acciones a la nueva sociedad, pero a diferencia de lo que ocurre en la constitución a través de fusión, no desaparecen y por lo tanto conservan su personalidad jurídica.

El Reglamento establece un procedimiento que guarda bastantes similitudes con el procedimiento de creación de una SE mediante fusión.

En primer lugar, los órganos de dirección o de administración deberán elaborar un proyecto de constitución de SE que incluirá un informe en el que se justifiquen y expliquen los aspectos jurídicos y económicos de la constitución y en el que se indiquen las consecuencias de la adopción de la forma de SE para los accionistas y trabajadores. En el proyecto deberá figurar:

- ❑ El domicilio social y denominación previstos para la SE.
- ❑ La relación de canje de las acciones, y en su caso el importe de compensación.
- ❑ Las formas de entrega de las acciones.
- ❑ Los derechos que garantiza la SE a los accionistas que tuviesen derechos especiales y a los portadores de títulos distintos de acciones, o las medidas respecto a ellos.
- ❑ Todas las ventajas particulares atribuidas a los peritos que estudien el proyecto de constitución, así como a los miembros de los órganos de dirección, administración, vigilancia o control de las sociedades participantes.
- ❑ Información sobre los procedimientos mediante los cuáles se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores de conformidad con la Directiva 2001/86/CE.

- ❑ El porcentaje mínimo de las acciones o participaciones de cada una de las sociedades que promuevan la operación que deberán aportar los accionistas para constituir la SE. Dicho porcentaje deberá ser superior al 50% de los derechos voto permanentes.

En segundo lugar, para cada una de las sociedades participantes el proyecto deberá hacerse público, de conformidad con el artículo 3º de la Directiva 68/151/CEE, por lo menos un mes antes de la reunión de la Junta General de Accionistas que deba pronunciarse sobre la constitución de la SE.

El procedimiento de control externo es parecido al establecido en la SE constituida mediante fusión. Uno o más peritos independientes de las sociedades participantes, designados o autorizados por una autoridad judicial o administrativa del Estado Miembro del que dependa cada sociedad con arreglo a las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva 78/855/CEE, examinarán el proyecto de constitución y elaborarán un informe escrito destinado a los accionistas de cada una de las sociedades. No obstante, previo acuerdo de las sociedades participantes los peritos designados podrán elaborar un informe escrito para los accionistas del conjunto de las sociedades.

En el informe se deberán indicar las dificultades especiales de evaluación y declarar si la relación de canje de las acciones o participaciones es pertinente y razonable y señalará también que métodos se siguieron para su determinación y si dichos métodos son adecuados en el caso concreto.

Posteriormente, el proyecto de constitución deberá ser aprobado por la Junta General de cada una de las sociedades que promuevan la operación. La implicación de los trabajadores en la SE se decidirá con arreglo a la Directiva 2001/86/CE y las Juntas participantes podrán condicionar el registro de la SE a la ratificación expresa por ésta de las disposiciones que se establezcan de conformidad con la Directiva citada anteriormente.

Los accionistas, o tenedores de las participaciones de las sociedades participantes disponen de un plazo de tres meses para comunicar a las sociedades promotoras su intención de aportar sus acciones con vistas a la constitución de la SE. La SE quedará constituida si, dentro del plazo anterior, los accionistas o tenedores de acciones de las sociedades fundadoras aportan el porcentaje mínimo de acciones o participaciones de cada sociedad fijado de conformidad con el proyecto de constitución y se cumplen todas las demás condiciones.

Una vez cumplidas tosa las condiciones se publicará la constitución por parte de cada una de las sociedades promotoras tal y como establezcan las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional del domicilio de cada sociedad que se hayan adoptado conforme al artículo 3º de la Directiva 68/151/CEE.

Los accionistas o tenedores de participaciones de las sociedades fundadoras que no hubieran comunicado dentro del plazo de tres meses su intención de poner sus acciones o participaciones a disposición de las sociedades fundadoras para la creación de la SE dispondrán de un mes más para hacerlo.

Consecuentemente, los accionistas o portadores que hayan aportado sus títulos para constituir la SE recibirán acciones de la misma.

Por último el artículo 34 añade la posibilidad de que los Estados Miembros puedan adoptar, respecto de las sociedades fundadoras, disposiciones destinadas a garantizar la protección de los accionistas minoritarios que se opongan a la operación, de los acreedores y de los trabajadores.

Tras una lectura detallada de los artículos anteriores del Reglamento de la SE podemos comprobar que, éste tan sólo aborda el proceso de fundación de la SE *holding* y no establece ningún tipo de regla para el día a día de la nueva agrupación económica, situación que si estaba solventada en proyectos anteriores que contenían una regulación detallada sobre grupos de sociedades. Por lo tanto las reglas sobre grupos estarán determinadas por el derecho interno del Estado Miembro del domicilio social, esta situación puede implicar una gran complejidad, tal y como ha indicado parte de la doctrina<sup>55</sup>, por las grandes diferencias existentes en esta materia en los diversos ordenamientos nacionales.

III. Constitución de una SE filial: *“Las sociedades a las que se refiere el artículo 48 del Tratado así como otras entidades jurídicas de Derecho Público o Privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado Miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad podrán constituir una SE filial suscribiendo sus acciones siempre que al menos dos de ellas:*

*Estén sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados Miembros; o*

*Tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado Miembro o una sucursal en otro Estado Miembro desde, por lo menos, dos años antes”* (Artículo 2.3).

En definitiva, se trata de un supuesto en el que pueden participar cualquier sociedad civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas de Derecho Público o Privado (Artículo 48 del Tratado) siempre que cumplan los requisitos anteriores.

A diferencia de las formas de constitución anteriores, el Reglamento se limita a establecer una remisión al Derecho nacional que regule la participación de las sociedades, citadas anteriormente, en la constitución de una filial en forma de sociedad anónima.

IV. Transformación de una sociedad anónima existente en SE: Esta opción podrá ser empleada por una sociedad anónima constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado Miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad “siempre que haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado Miembro durante, al menos, dos años” (Artículo 2.4).

La transformación de la sociedad anónima no producirá ni la disolución ni la creación de una nueva persona jurídica. La transformación tiene carácter nacional y por lo tanto no podrá acompañarse del traslado del domicilio social a otro Estado Miembro<sup>56</sup> tal y como

---

<sup>55</sup> Vid. Schulz Andreas, “The European Company Statute- the German view”, *Intertax*, Volumen 29 nº 10, Kluwer International 2001, pág. 335.

<sup>56</sup> Según Blanquet la razón del rechazo del traslado es eliminar los riesgos de huida al derecho nacional (especialmente el Derecho Fiscal y Laboral) que se sigue aplicando en todas las cuestiones no cubiertas por el Reglamento, op. cit pág 91.



indica el artículo 37.3 del Reglamento. Sin embargo, nada impide un traslado posterior del domicilio de la SE siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 8 del Reglamento.

El Reglamento establece un procedimiento para llevar a cabo la transformación.

El órgano de dirección o de administración de la sociedad ha de elaborar un proyecto de transformación y un informe en el que se explicarán y justificarán los aspectos jurídicos y económicos de la transformación y se indicarán las consecuencias que supondrá para los accionistas y para los trabajadores la adopción de la forma de SE.

El proyecto se publicará, de conformidad con la legislación nacional dictada en aplicación de la Directiva 68/151/CEE, un mes antes de que la Junta General deba pronunciarse sobre la transformación.

Antes de la celebración de la Junta uno o más peritos independientes designados o autorizados, con arreglo a la legislación interna aprobada conforme al artículo 10 de la Directiva 78/855/CEE, por una autoridad judicial o administrativa del Estado Miembro del domicilio social de la sociedad que se transforma en SE, han de certificar, de conformidad con la Directiva 77/91/CEE, *mutatis mutandis*, que la sociedad dispone de activos netos que corresponden como mínimo al capital aumentado con las reservas que la legislación o los estatutos no permitan distribuir.

La Junta General deberá aprobar el proyecto de transformación y los Estatutos de la SE. La decisión deberá ser aprobada conforme a las disposiciones nacionales dictadas en aplicación del artículo 7 de la Directiva 78/855/CEE. No obstante, los Estados Miembros podrán condicionar la transformación a una votación favorable por mayoría cualificada o por unanimidad celebrada en el órgano de la sociedad en el que esté organizada la participación de los trabajadores. Esta última norma sólo se aplicaría en Estados Miembros con un derecho de participación de ese tipo, como es el caso del Consejo de los trabajadores en la "AG" alemana.

El Reglamento también prevé que los derechos y obligaciones de la sociedad que vaya a transformarse en SE en materia de términos y condiciones de empleo derivadas de la legislación y prácticas nacionales, de los contratos de trabajo individuales o de las relaciones laborales existentes el día de la inscripción, se transferirán, en razón de dicho registro, a la SE.

V. Constitución de una SE por parte de otra SE: Tal y como vimos anteriormente, la SE al tener la misma consideración que una sociedad anónima puede participar en la creación de una SE. En este mismo sentido, el artículo 3.2 del Reglamento permite a la SE crear filiales bajo la forma de SE. Además dicho precepto establece, que no se aplicarán a la SE filial las disposiciones del Estado Miembro del domicilio social de la SE filial que exijan que una sociedad anónima tenga más de un accionista. No obstante, esta circunstancia no impide la aplicación, *mutatis mutandis*, de las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la Duodécima Directiva (89/667/CEE), en materia de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único.

## ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LA SE

### Introducción

Las primeras propuestas de la SE establecían el sistema dualista (separación obligatoria de las funciones de administración y control), de inspiración germánica, como único modelo de administración de la sociedad. La opción por el sistema dualista se enmarcaba dentro de la propuesta de Quinta Directiva de Sociedades, aunque finalmente no llegó a ser aprobada ante las dificultades que estaba atravesando el proceso de armonización. De conformidad con la concepción de la mínima intervención comunitaria, la versión definitiva del Reglamento de la SE abandona los aspectos más problemáticos de las propuestas anteriores, permite la libre elección de sistema de administración por parte de los fundadores (monista o dualista) y se remite en numerosas ocasiones al derecho nacional aplicable a las sociedades anónimas del Estado Miembro del domicilio social de la SE.

El considerando 14 del Reglamento reconoce la existencia de dos sistemas distintos de organización de la administración de las sociedades anónimas en la Comunidad: Sistema monista (órgano de administración único) y Sistema dualista (órgano de control y órgano de dirección).

El Reglamento, a diferencia de versiones anteriores, permite establecer en los estatutos sociales uno de los dos sistemas por parte de la SE. Gran parte de la doctrina<sup>57</sup> considera que la libre elección puede presentar problemas, pues el Reglamento no establece un régimen de administración detallado y por lo tanto sería preciso acudir al Derecho nacional del domicilio (criterio del artículo 9). No obstante, cada legislación nacional, salvo Francia, tan sólo regula uno de los dos sistemas para sus sociedades anónimas. Por lo tanto, en el futuro será preciso que cada Estado Miembro, donde no se hayan previsto ambos sistemas, adopte medidas complementarias tal y como permiten los artículos 39.5 y 43.4 del Reglamento. En el caso de la legislación española e inglesa de sociedades anónimas sólo se reconoce el sistema monista por lo que sería preciso adoptar medidas complementarias respecto a la organización y funcionamiento de los órganos para introducir el sistema dualista<sup>58</sup>. En cambio, Alemania estaría obligada a introducir el sistema monista.

En el caso de Francia podemos comprobar que tras la introducción de sistema dualista en 1998 solamente el 2,6% de las sociedades anónimas han adoptado este sistema. Sin embargo, el 20% de las sociedades del CAC 40 de dimensión internacional (Ej. AXA, Peugeot, Paribas) han optado por el sistema de administración dualista.

---

<sup>57</sup> Vid. Esteban Velasco, Gaudencio op. cit. pág. 152; Menjuçq Michel, op. cit pág. 1088.

<sup>58</sup> Para un estudio detallado de las implicaciones que puede tener en la legislación española sobre sociedades anónimas vid. Esteban Velasco Gaudencio, "Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea", *Revista de Estudios Europeos*, Instituto de Estudios Europeos (Universidad de Valladolid), Nº 29 Sep-Dic 2001, págs. 65 y ss.

Los fundadores de la SE, lógicamente se preguntarán cuál es el sistema más adecuado para la sociedad. Según Hopt<sup>59</sup> el sistema monista por su menor coste parece más adecuado para las sociedades de dimensión modesta y por otro lado, las grandes sociedades transnacionales deberán optar por el sistema dualista. En cambio, Esteban Velasco<sup>60</sup> considera que no existe un modelo ideal sino que, "*esos varios modelos se pueden adaptar mejor o peor según las circunstancias o las peculiaridades y exigencias de las empresas y sus respectivos contextos internos o externos*".

En definitiva, la SE deberá contar con una Junta General de Accionistas, un órgano de control y órgano de dirección (sistema dualista) o solamente un órgano de administración (sistema monista). No obstante, tal y como hecho anteriormente, no podemos olvidar la importancia del Documento de Consulta elaborado por el Grupo de expertos en Derecho de Sociedades nombrado por la Comisión en el que se abordan cuestiones sobre el gobierno corporativo (retribución de los administradores, código de conducta..) que pueden cristalizar en medidas que en el futuro afecten a la gestión de la SE.

## **Sistema dual**

La característica fundamental de este sistema es la distinción entre un órgano de control y otro de gestión con la finalidad de realizar una mejor delimitación de la administración en sentido amplio de las funciones de gestión y control y de las consiguientes responsabilidades<sup>61</sup>.

I. Órgano de dirección: El órgano de dirección será el encargado de la gestión de la SE. En los Estatutos sociales se deberá establecer si la gestión se otorga a un director unipersonal, varios que actúen solidariamente o conjuntamente o a un Consejo de Dirección colegiada y las normas para su determinación.

No obstante, el Estado Miembro pueden establecer un número mínimo, máximo o ambos. La finalidad de establecer un número mínimo es evitar la existencia de un director unipersonal o pluripersonal de dos miembros que controlen la gestión de la sociedad.

En el caso de que se opte por un órgano de Dirección colegiada en lo referente a la convocatoria, constitución, presidencia del órgano, deliberación y régimen de votación será preciso acudir a las normas comunes al sistema dualista y monista establecidas en el artículo 50.

Por otra parte, los Estados miembros pueden estipular que la administración corriente de la sociedad recaiga en uno o más consejeros delegados en las mismas condiciones que para las sociedades anónimas nacionales. Esta habilitación es efectuada por vía

---

<sup>59</sup> Vid. Hopt Klaus, "Le gouvernement d'entreprise: expériences allemandes et européens", *Revue des Sociétés*, Dalloz, 2001, V. 119 n° 1, pág. 7.

<sup>60</sup> Vid. Esteban Velasco Gaudencio, "Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea", *Revista de Estudios Europeos*, Instituto de Estudios Europeos (Universidad de Valladolid), N° 29 Sep-Dic 2001, pág.69.

<sup>61</sup> Esteban Velasco Gaudencio, op. cit. pág 70.

normativa aunque tal y como indica Esteban Velasco<sup>62</sup> nada impide que se estipule dicha posibilidad en los Estatutos, en virtud de acuerdo del órgano de dirección o se efectúe conforme a lo establecido por el Reglamento Interno del órgano de dirección.

Una norma de este tipo puede plantear problemas de interpretación a la hora de determinar que se entiende por gestión ordinaria que como acertadamente indica Esteban Velasco<sup>63</sup> *“sólo podrán solucionarse cuando se inserten en un contexto nacional sobre delegación de funciones en el seno del órgano de dirección del sistema dual para las sociedades anónimas nacionales (derecho alemán o derecho francés)”*. El órgano de dirección deberá mantener las competencias indelegables que le atribuya la normativa correspondiente así como la responsabilidad última por la gestión de la sociedad. Otras cuestiones no solucionadas por el Reglamento son la representación que ostentarán los consejeros delegados, el régimen de nombramiento y revocación, y su remuneración. De nuevo, como en ocasiones anteriores será preciso acudir al derecho nacional del domicilio de la SE.

Tal y como hemos indicado anteriormente, el órgano de dirección será el encargado de la gestión de la sociedad. En particular deberán realizar todas aquellas funciones que el Reglamento de la SE, la legislación nacional específica para la SE y la legislación sobre sociedades anónimas les encomienden, así como las estipuladas en los Estatutos.

La determinación del contenido concreto de lo que se entendemos por gestión no se puede establecer en abstracto, sino en función de la consecución del objeto social en relación con el fin para el que se ha constituido la sociedad y de acuerdo con las características de la empresa y de las circunstancias del caso concreto. En principio, dentro del concepto amplio de gestión podríamos incluir la administración ordinaria de la sociedad, la fijación de los principios de política empresarial y la administración extraordinaria (operaciones de gran valor económico, creación de filiales...). Dentro del concepto de administración también se incluye la representación de la sociedad frente a terceros, pero el reglamento no indica nada al respecto por lo que será preciso acudir al derecho nacional aplicable a las sociedades anónimas del domicilio social de la SE.

A primera vista, parece que no hay grandes diferencias con el órgano de administración del sistema monista. No obstante, tal y como puntualiza Esteban Velasco<sup>64</sup> hemos de tener en cuenta que junto al órgano de dirección existe un órgano de vigilancia con sus propias funciones y la Junta General cuyas funciones varían según el ordenamiento nacional.

El nombramiento y revocación de los miembros del órgano de dirección será efectuado por el órgano de control. No obstante el Reglamento permite a los Estados Miembros establecer u otorgar a los estatutos la facultad de establecer que el nombramiento o revocación sea efectuado por la Junta General en las mismas condiciones que para las sociedades anónimas domiciliadas en su territorio.

Otro de los rasgos característicos del sistema dualista es la incompatibilidad del ejercicio simultáneo de la condición de miembro en el órgano de dirección y órgano de

---

<sup>62</sup> Esteban Velasco Gaudencio, op. cit. pág. 71.

<sup>63</sup> Op. cit. pág. 71.

<sup>64</sup> Op. cit. pág. 73.

control. No obstante, excepcionalmente, en caso de vacante el órgano de control podrá designar a uno de sus miembros para ejercer las funciones de miembro del órgano de dirección, período durante el cuál sus funciones en el órgano de control quedarían en suspenso. El Reglamento autoriza la limitación temporal de este período por parte de los Estados Miembros.

II. Órgano de control: Dicho órgano controlará la gestión encomendada al órgano de dirección y no podrá ejercer por sí mismo el poder de gestión de la SE. El número de miembros del órgano de control o las normas para su determinación deberán incluirse en los Estatutos, sin perjuicio de que los Estados Miembros fijen el número de miembros concreto (tal posibilidad no es posible en el caso del órgano de dirección del sistema dual ni en el caso de órgano de administración del sistema monista), un número de miembros mínimo, máximo o ambos para las SE que estén registradas en su territorio

Los miembros del órgano de control serán nombrados por la Junta General, sin embargo, los miembros del primer órgano de control podrán establecerse en los Estatutos. Esta norma deberá respetar la legislación nacional que conceda a los accionistas minoritarios o a otras personas o autoridades el derecho de nombrar a una parte de los miembros de los órganos (Artículo 47.4) y las normas de participación de los trabajadores que se hayan establecido en virtud de la Directiva 2001/86/CE. Por lo tanto la composición del órgano podrá variar según el domicilio social de la SE, las normas vigentes en cada país y las normas de participación que se hayan establecido. En el caso de los Estados miembros que no hayan previsto el sistema dualista será preciso que dicten una disposición específica para la SE que se inspire en lo que disponga la normativa nacional sobre el Consejo de administración<sup>65</sup>.

El órgano de control ha de elegir entre sus miembros a un presidente. En el caso de que la mitad de sus miembros hayan sido designados por los trabajadores, únicamente podrá ser elegido como presidente un miembro designado por la Junta General de Accionistas. Esta norma al igual que en el caso del artículo 45 para el sistema monista tiene como finalidad asegurar la prevalencia del factor capital, evitando un debate sobre la constitucionalidad de la cogestión paritaria frente a la garantía constitucional de la propiedad privada. Esta cuestión ya fue tratada por el Tribunal Constitucional alemán en su Sentencia de 1 de Marzo de 1979 al analizar la Ley de cogestión de 1976<sup>66</sup>.

La función del órgano de control será vigilar la gestión encomendada al órgano de gestión sin que pueda ejercer por sí mismo el poder de gestión. Dentro de concepto amplio de vigilar la gestión podemos destacar: el nombramiento y revocación de los miembros del órgano de dirección, la posibilidad de someter a autorización previa determinadas operaciones de gestión y las facultades de información y revisión.

En relación con esta última, el órgano de dirección debe informar al órgano de control como mínimo cada tres meses acerca de la marcha de los asuntos de la SE y de su evolución previsible. Además el órgano de dirección debe comunicar al órgano de control

---

<sup>65</sup> En el caso español sistema mayoritario, sistema proporcional (Art. 137 LSA) y cooptación (Art. 138 LSA).

<sup>66</sup> Para más detalle vid. Esteban Velasco Gaudencio, op. cit. pág.94.

*“a su debido tiempo cualquier información sobre hechos que puedan tener repercusiones sensibles en la situación de la SE” (Artículo 41.2).*

El órgano de control puede pedir al órgano de dirección toda la información que considere necesaria y efectuar o solicitar que se efectúen las comprobaciones que estime necesarias para el cumplimiento de su función de control. Cada miembro del órgano de control tendrá acceso a toda la información comunicada al órgano de control. Los Estados Miembros podrán establecer que todos los miembros del órgano de control estén autorizados a solicitar toda la información que consideren necesaria al órgano de dirección para cumplir con su cometido.

El órgano de control, tal y como veremos en detalle más adelante al abordar el estudio de las normas comunes al sistema monista y dualista, puede someter a autorización previa determinadas operaciones importantes para la gestión de la sociedad.

## **Sistema monista**

La posibilidad de recurrir a un sistema monista no fue introducida hasta la propuesta de 1989, aunque al establecer la delegación obligatoria de la dirección de la sociedad en varios miembros parecía más bien un sistema dualista. En la versión actual, se permite a los Estados miembros determinar que la administración cotidiana de la sociedad sea ejercida por uno o más consejeros delegados en las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas con domicilio en su territorio.

Según Fernández de Córdoba<sup>67</sup> esta posibilidad demuestra la preferencia del legislador comunitario por el sistema dualista y considera que se está estableciendo un sistema dualista encubierto al permitir la existencia de consejeros delegados y que el Consejo de Administración se acaba convirtiendo en una especie de órgano de vigilancia, en línea con la regulación de la Quinta Directiva. Desde su punto de vista un Estado miembro con un sistema dualista, como es el caso de Alemania, podría *“amortiguar los efectos que se derivarían del reconocimiento a las sociedades domiciliadas en su territorio de la posibilidad de optar por el sistema monista”*<sup>68</sup>.

Para Fernández Córdoba hubiera sido más adecuado que el Reglamento hubiera habilitado al Estado Miembro a reconocer a los socios la posibilidad de prever la delegación de facultades tal y como se establece en el artículo 124.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

No obstante, desde nuestro punto de vista tales conclusiones se derivan de una interpretación rígida del artículo 43.2 y al igual que en el caso del sistema dualista la delegación debe realizarse en las mismas condiciones que para las sociedades nacionales. Por lo tanto según sea el derecho aplicable la delegación presentará unos rasgos distintos.

---

<sup>67</sup> Fernández de Córdoba Iñigo, “El futuro del Derecho de Sociedades en Europa: a propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea”, *Diario la Ley*, Nº 5645, 22 de Enero de 2002.

<sup>68</sup> Op. cit. pág 10.

Ciertamente, tal y como afirma Esteban Velasco<sup>69</sup> el tenor de la norma no es muy adecuado y parece que su única finalidad es tratar de proteger aquellas legislaciones que establecen un “dualismo atenuado” o “monismo renovado” (caso de Francia) y que aquellos países que se vean obligados a admitir el sistema monista puedan hacerlo mitigando su contraste con su sistema dualista vigente.

En relación con el concepto de administración corriente y al ser idéntica la redacción del artículo 43.2 a la delegación de facultades en el órgano de administración sistema dualista nos remitimos a las reflexiones señaladas en el apartado anterior. No obstante, hemos de matizar que la delegación de facultades en el supuesto del régimen monista no planteará tantos problemas de interpretación a las SE domiciliadas en España pues la delegación esta regulada en el artículo 141 LSA.

Al igual que en el órgano de dirección en el sistema dualista el órgano de administración podrá tener una composición unipersonal, pluripersonal de dos miembros, aunque la más frecuente será en forma de órgano colegiado (Consejo de administración). En el caso de que se establezca un órgano colegiado se volverán a plantear las cuestiones a los que hemos hecho referencia anteriormente (convocatoria, constitución, deliberación, régimen de mayorías...) y que han sido reguladas en el artículo 50 del Reglamento.

Los Estatutos deben determinar el número de miembros del órgano de administración o las normas para su determinación. En este sentido, la administración podrá ser llevada a cabo por una persona, varias que actúen solidariamente o conjuntamente, o por un Consejo de Administración.

No obstante, cada Estado Miembro podrá fijar un número mínimo, y en su caso un número máximo de miembros. Sin embargo, si la participación de los trabajadores está organizada de conformidad con la Directiva 2001/86/CE e órgano deberá constar de un número mínimo de tres miembros.

La gestión de la sociedad es la función principal del órgano de administración. En relación con el concepto de gestión, al utilizarse en términos tan generales y sin haber precisado el Reglamento el contenido de lo que se entiende por gestión de la sociedad será preciso acudir a las disposiciones nacionales aplicables a las sociedades. No obstante, será preciso tener en cuenta el artículo 44 del Reglamento, en el caso de que el órgano de administración adopte la forma de Consejo de administración: *“El órgano de administración se reunirá como mínimo cada tres meses según una periodicidad establecida en los Estatutos, para deliberar acerca de la marcha de los asuntos de la SE y de su evolución previsible. Cada miembro tendrá acceso a toda la información comunicada a dicho órgano”*. El objetivo de esta norma es establecer una cautela mínima con el fin de asegurar el cumplimiento de la función de gestión para el supuesto en que la administración corriente de la sociedad está en manos de uno o varios Consejeros Delegados, de tal forma que éstos deben informar de forma periódica al Consejo de Administración sobre cualquier hecho o circunstancia que pueda ser relevante para la marcha de la sociedad.

Los miembros del órgano de administración serán nombrados por la Junta General. No obstante, los miembros del primer órgano de administración podrán designarse en los Estatutos. Las disposiciones anteriores deberán respetar la legislación nacional que

---

<sup>69</sup> Op. cit pág 85.

conceda a los accionistas minoritarios o a otras personas o autoridades el derecho de nombrar a una parte de los miembros de los órganos (en la legislación española el sistema de representación proporcional, Art. 137 LSA) y las normas de participación de los trabajadores que se hayan establecido en virtud de la Directiva 2001/86/CE.

En lo referente a la revocación de los miembros del órgano de administración al no estar regulado en el Reglamento será preciso acudir a las normas dispuestas para las sociedades anónimas del domicilio de la SE.

Entre los miembros del órgano de administración se elegirá un presidente. En el caso de que la mitad de los miembros hayan sido designados por los trabajadores, únicamente podrá ser elegido como presidente un miembro designado por la Junta General.

Esta norma es idéntica a lo estipulado para el órgano de control en el sistema dual y por lo tanto al igual que en el caso anterior tiene como finalidad garantizar el dominio del factor capital en el supuesto de un Consejo de Administración paritario.

## **Normas comunes a los sistemas monista y dual**

El Reglamento en sus artículos 46 a 51 establece unas disposiciones comunes para el sistema monista y dual. No obstante, este régimen común contiene muchas lagunas que será preciso solucionar acudiendo a las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas del domicilio social de la SE. Entre las cuestiones que no se han tratado podemos destacar especialmente la retribución de los administradores<sup>70</sup>, la posibilidad de incluir las competencias de los órganos de gestión y control en los Estatutos, o incluso la posibilidad de que la SE decida voluntariamente cumplir un código de conducta sobre el gobierno corporativo.

I. Duración en el cargo: Los miembros de los distintos órganos de la SE ejercerán sus funciones por el período de tiempo establecido en los Estatutos que en ningún caso podrá exceder de los 6 años. Salvo en caso de restricciones establecidas en los Estatutos los miembros podrán ser nombrados nuevamente una o más veces por el período fijado anteriormente. En relación con este precepto hemos de resaltar que la legislación española sobre sociedades establece un plazo máximo de 5 años.

II. Nombramiento de una persona jurídica como miembro de un órgano de la SE: Los Estatutos podrán estipular que una sociedad u otra entidad jurídica pueda ser miembro de uno de sus órganos, excepto cuándo la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado Miembro donde esté domiciliada la SE disponga lo contrario. La sociedad u otra entidad jurídica deberá designar a un representante, persona física.

---

<sup>70</sup> En el Documento de Consulta elaborado por el Grupo de Expertos sobre Derecho de Sociedades se hace referencia a la retribución de los miembros del órgano de administración. Entre las medidas propuestas destaca la necesidad de establecer una mayor transparencia y la posibilidad de que los accionistas fijen los criterios y límites a la remuneración de los miembros del órgano de administración. Pág. 14.



III. Incapacidad para el ejercicio del cargo: Según el artículo 47.2 estarán incapacitadas para ser miembros de un órgano de la SE:

- ❑ Las personas que de acuerdo con la legislación de un Estado Miembro del domicilio social de la SE no puedan formar parte del órgano correspondiente de una sociedad anónima constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de dicho Estado Miembro.
- ❑ Las personas que no puedan formar parte del órgano correspondiente de una sociedad anónima constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado Miembro en virtud de resolución judicial o administrativa dictada en un Estado Miembro.

IV. Requisitos particulares para ser designado miembro de un órgano de la SE: En los Estatutos, de conformidad con la legislación del Estado Miembro del domicilio social, se podrán establecer condiciones particulares para poder ser elegido miembro en representación de los accionistas.

En relación con este precepto, hemos de destacar la importancia que están tomando esta materia a raíz de las medidas anti-OPA propuestas en el Informe sobre la propuesta de Directiva sobre OPAS elaborado por el Comité de Expertos en Derecho de Sociedades y las exigencias recogidas en los diversos Códigos de buen gobierno sobre la cualificación requerida para los consejeros ejecutivos y la experiencia e independencia requerida en el caso de los consejeros independientes.

V. Operaciones sujetas a autorización previa: Los Estatutos deberán enumerar las operaciones que requieran que el órgano de dirección reciba una autorización por parte del órgano de control (sistema dual), o una decisión expresa del órgano de administración (sistema monista). No obstante, los Estados Miembros podrán disponer que en el sistema dual el propio órgano de control pueda someter a autorización determinadas categorías de operaciones. En este sentido, los Estados Miembros podrán determinar las categorías de operaciones que deban como mínimo figurar en los Estatutos de las SE que estén registradas en su territorio.

Esta norma refleja la evolución producida, por influencia anglosajona, en los sistemas monistas en el sentido de potenciar la función de control de la gestión en el Consejo de administración de las grandes sociedades y establecer la prohibición de delegar determinadas facultades tal y como podemos comprobar al comparar los diversos Códigos de conducta del gobierno corporativo que se han ido elaborando en cada país (Ej. Código Olivencia en España). En relación, con este aspecto nos llama la atención que el Reglamento no se haya hecho ninguna referencia a la posibilidad de que la SE adopte voluntariamente un Código de conducta sobre el gobierno corporativo. No obstante, hemos de destacar que en el Documento de consulta elaborado por el Comité de Expertos en Derecho de Sociedades se ha planteado un debate entorno a una posible coordinación de los diversos códigos de conducta como la mejor opción frente a la elaboración de un Código de conducta europeo.

VI. Régimen de adopción de acuerdos: En el artículo 50 se establecen una serie de disposiciones que tienen como fin regular el funcionamiento de los órganos colegiados en la SE. No obstante, hay numerosos aspectos que no han sido cubiertos por el Reglamento (Ej. convocatoria, deliberaciones, procedimientos de votación...) por lo que será preciso acudir al derecho aplicable a las sociedades anónimas del domicilio de la SE.

Salvo que los Estatutos o el Reglamento dispongan lo contrario las normas relativas al quórum y toma de decisiones son las siguientes:

- Quórum: Al menos la mitad de los miembros deberán estar presentes o representados.
- Toma de decisiones: Por mayoría de los miembros presentes o representados.

En el caso de que los estatutos no se pronuncien al respecto, el presidente de cada órgano tendrá voto de calidad en caso de empate. No obstante, no podrá existir ninguna disposición estatutaria en contrario cuando la mitad del órgano de control esté compuesta por representantes de los trabajadores. Según Esteban Velasco la redacción de este precepto es desafortunada pues no tiene ningún sentido que no exista también una norma que declare la inderogabilidad de voto de calidad del presidente para los supuestos en que el Consejo de Administración paritario. Según dicho autor parece que la norma: "se ha limitado a contemplar el supuesto real en el momento actual, el caso alemán?"<sup>71</sup>, como si no fuera posible a través de la negociación llegar a constituir un Consejo de administración paritario.

Cuando la participación de los trabajadores esté organizada con arreglo a la Directiva 2001/86/CE los Estados Miembros podrán disponer que el quórum y la toma de decisiones del órgano de control queden sujetos, a pesar de lo dispuesto anteriormente, "a las normas aplicables, en las mismas condiciones, a las sociedades anónimas constituidas con arreglo al Derecho del Estado Miembro de que se traté" (Artículo 50.3). En definitiva, esta disposición supone que en el caso de que se apliquen las disposiciones sobre participación de los trabajadores de la Directiva, el Estado podrá determinar la prevalencia de las normas aplicables a las SA sobre las normas comunes de quórum y toma de decisiones que estipula el Reglamento.

VII. Confidencialidad: Los miembros de los órganos de la SE no podrán divulgar, incluso después del cese en sus funciones, las informaciones de que dispongan sobre la SE cuya divulgación pudiera tener consecuencias perjudiciales para los intereses de la sociedad.

No obstante, no será necesario cumplir esta cláusula de confidencialidad cuando la divulgación de la información sobre la SE sea exigida o esté permitida por las disposiciones del Derecho nacional aplicables a las sociedades anónimas, o por causa de interés público.

---

<sup>71</sup> Esteban Velasco Gaudencio, op. cit. pág. 94.

VIII. Responsabilidad: Los miembros de los órganos sociales responderán, según las disposiciones del Estado Miembro dónde este domiciliada la SE aplicables a las sociedades anónimas, del perjuicio sufrido por la SE debido al incumplimiento por parte de éstos de las obligaciones legales, estatutarias o de cualquier otro tipo inherentes a sus funciones. En el caso de responsabilidad por deudas sociales no contemplado en el Reglamento será preciso acudir a las disposiciones nacionales del domicilio social de la SE.

## La Junta General

La Junta General tradicionalmente ha sido definida como *“la reunión de accionistas, debidamente convocados para deliberar y decidir por mayoría sobre asuntos sociales propios de su competencia”*.

El Reglamento, en línea con la concepción de intervención mínima del Derecho Comunitario de Sociedades y el desplazamiento del debate sobre el gobierno corporativo hacia los órganos de administración, regula de forma poco detallada el régimen jurídico de la Junta General y se remite en numerosas ocasiones al derecho nacional.

No obstante, a raíz del Documento de Consulta elaborado por el Comité de Expertos en Derecho de Sociedades se ha tomado constancia de la importancia de facilitar la asistencia y la utilización de procedimientos tecnológicos en la votaciones y deliberaciones de la Junta General para lograr el cumplimiento efectivo del derecho de información de los accionistas, lo cual es fundamental para funcionamiento adecuado de las grandes sociedades de carácter transnacional. Desde nuestro punto de vista las medidas propuestas por el Comité de Expertos son de gran importancia para el desarrollo y funcionamiento de la SE<sup>72</sup>.

Según el artículo 52 del Reglamento la Junta General deberá pronunciarse en aquellos asuntos que le confieran competencias específicas:

- El Reglamento de la SE.
- Las disposiciones de la legislación del Estado Miembro, en que tenga su domicilio social la SE, adoptadas en aplicación de la Directiva 2001/86/CE.
- Aquellos asuntos respecto de los cuales se confiera competencia a la Junta General de una sociedad anónima a la que se aplique el Derecho del Estado Miembro en que se encuentren el domicilio social de la SE, ya sea en virtud de la legislación de dicho Estado Miembro o con arreglo a los Estatutos conformes a ésta.

Dentro de las competencias específicas de la Junta incluidas en el Reglamento podemos mencionar el nombramiento y revocación de los miembros del órgano de

---

<sup>72</sup> Para más detalle vid. Grupo de Expertos sobre el Derecho de sociedades, Documento de Consulta Junio 2002 págs. 18-23.

administración (sistema monista) o el órgano de control (sistema dualista), la modificación de los estatutos sociales (Artículo 59), el traslado de domicilio social.

La Junta General deberá reunirse al menos una vez cada año civil, dentro de los seis meses siguientes al cierre del ejercicio, salvo que la legislación del Estado Miembro del domicilio social aplicable a las sociedades anónimas que ejerzan el mismo tipo de actividad que la SE establezca una frecuencia mayor. No obstante, los Estados Miembros podrán disponer que la primera Junta General pueda reunirse dentro de los dieciocho meses siguientes a la constitución de la SE. Del tenor literal de este precepto podemos deducir que el Reglamento no establece la clásica distinción entre Junta ordinaria y extraordinaria, sino que tan sólo se limita a estipular que se deberá celebrar una Junta Anual obligatoria.

En el caso de una SE domiciliada en España de conformidad con la LSA en la Junta anual se deberá censurar la gestión social, aprobar en su caso, las cuentas del ejercicio anterior, y resolver sobre la aplicación del resultado.

Sin perjuicio de las normas establecidas en el Reglamento, la organización y desarrollo de la Junta General, así como el procedimiento de votación se regirán por la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado Miembro del domicilio social. En definitiva, como en ocasiones anteriores, las lagunas se cubrirán acudiendo a la legislación nacional aplicable a las sociedades anónimas del domicilio social de la SE.

La Junta General puede ser convocada en cualquier momento por el órgano de dirección, el órgano de administración, el órgano de control, o cualquier órgano o autoridad competente, con arreglo a la legislación nacional aplicable a las sociedades anónimas del Estado Miembro del domicilio de la SE.

La convocatoria de la Junta General y la fijación del orden del día podrán ser solicitadas por uno o más accionistas que dispongan, en conjunto, de acciones que representen como mínimo el 10 % del capital suscrito. Los Estatutos o la legislación nacional podrán fijar un porcentaje inferior en las mismas condiciones aplicables a las sociedades anónimas<sup>73</sup>.

En el caso de que la Junta no se haya reunido en su debido momento tras la solicitud efectuada por un grupo de accionistas que representen el 10 % del capital suscrito, y en cualquier caso dentro de un plazo máximo de dos meses, la autoridad judicial o administrativa del domicilio social de la SE puede ordenar la convocatoria dentro de un plazo determinado o conceder la autorización para convocarla a los accionistas que hayan formulado la solicitud o a un mandatario éstos, si perjuicio de las disposiciones nacionales que puedan establecer que los propios accionistas convoquen la Junta General.

El accionista o accionistas que posean en conjunto como mínimo el 10% del capital suscrito pueden solicitar la inclusión de nuevos puntos en el orden del día de la Junta General. Los procedimientos y plazos aplicables a dicha solicitud se fijarán con arreglo a la legislación nacional del Estado Miembro del domicilio social de la SE, o en su defecto, con arreglo a los Estatutos de la SE. Al igual que en el caso de convocatoria de la Junta y

---

<sup>73</sup> Como en el caso de la legislación española, 5% del capital suscrito (art. 100.2 LSA).

fijación del orden del día, los Estatutos o la legislación nacional podrán establecer un porcentaje inferior en las mismas condiciones aplicables a las sociedades anónimas.

Los acuerdos de la Junta General se adoptan por mayoría de los votos válidamente emitidos, salvo que el Reglamento o la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado Miembro del domicilio social de la SE requieran una mayoría más amplia.

En cambio, para poder modificar los Estatutos o efectuar el traslado del domicilio de la SE, tal y como hemos visto anteriormente, se requerirá un acuerdo de la Junta General adoptado por mayoría cualificada de 2/3 de los votos emitidos, salvo que la legislación aplicable a las sociedades anónimas del domicilio social de la SE prevea o permita una mayoría más amplia. No obstante, un Estado Miembro podrá disponer que cuando esté representada la mitad por lo menos del capital suscrito, sea suficiente la mayoría simple de los votos emitidos. Una vez aprobado el acuerdo deberá publicarse siguiendo los trámites establecidos por el artículo 13.

Al remitirse la cuestión del régimen de mayorías al derecho nacional, el legislador comunitario ha renunciado a lograr una mayor coordinación, lo cual al existir distintos criterios en cada Estado Miembro hará todavía más complicado la aplicación del Reglamento. Desde nuestro punto de vista, hubiera sido más adecuado establecer unas normas comunes siguiendo las propuestas anteriores del Reglamento y el proyecto de la Quinta Directiva de Sociedades.

Durante la votación no se podrán contar los votos de accionistas que no hayan participado, se hayan abstenido, hayan votado en blanco o hayan emitido un voto nulo.

En el caso de que existan varias categorías de acciones, se prevé que cualquier decisión que tome la Junta quedará supeditada a una votación por separado de cada una de las categorías de accionistas cuyos derechos específicos puedan ser perjudicados por dicha decisión. De conformidad con la norma anterior, en el supuesto de que la decisión de Junta requiera una mayoría cualificada de 2/3 o mayoría simple si está representado por lo menos la mitad del capital suscrito, se requerirá la misma mayoría para la votación por separado de cada categoría de accionistas cuyos derechos específicos puedan ser perjudicados por dicha decisión.

Por último, a no establecer nada el Reglamento sobre el contenido del Acta de la Junta ni sobre el régimen de adopción de acuerdos será preciso acudir a la legislación aplicable a las sociedades anónimas del domicilio social de la SE.

## **CUENTAS ANUALES Y CUENTAS CONSOLIDADAS.**

En lo referente a la elaboración de las cuentas anuales y, en su caso, cuentas consolidadas, el informe de gestión adjunto a las mismas, el control y la publicidad de éstas el Reglamento se remite a las normas aplicables a las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado Miembro en que tenga la SE su domicilio social. No obstante, se han previsto dos excepciones:

- En el caso de SE que sean entidades de crédito o entidades financieras se registrarán por el Derecho nacional del Estado miembro del domicilio social que haya transpuesto la Directiva 2000/12/CE relativa al acceso a la actividad de entidades de crédito y su ejercicio.

- ❑ En el caso de SE que sean compañías de seguros se registrarán por las disposiciones del Estado del domicilio social dictadas en aplicación de la Directiva 91/674/CEE relativa a las cuentas anuales y cuentas consolidadas de las empresas de seguros.

Por último, de forma parecida que en el caso del capital social, en los Estados Miembros dónde no se aplique la tercera fase de la UEM la SE podrá confeccionar sus cuentas anuales, y en su caso, cuentas consolidadas en Euros.

## **DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN, INSOLVENCIA Y SUSPENSIÓN DE PAGOS**

El Reglamento se remite, de nuevo, a la legislación nacional aplicable a las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado Miembro del domicilio social de la SE. Esta remisión afecta a la disolución, liquidación insolvencia, suspensión de pagos y procedimientos análogos, incluidas las disposiciones relativas a la adopción de decisiones por la Junta General.

No obstante, el Reglamento incluye una serie de disposiciones sobre esta materia:

En primer lugar, el incumplimiento de establecer el domicilio social en el mismo Estado Miembro que su administración central, tal y como hemos visto anteriormente, puede conllevar la liquidación de la sociedad.

En segundo lugar, la apertura de un procedimiento de disolución, liquidación, insolvencia o suspensión de pagos, así como el cierre del mismo y la decisión de continuación de la actividad, se publicarán según lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento, sin perjuicio de las medidas adicionales de publicidad que pueda imponer la legislación nacional.

En tercer lugar, se incluye la posibilidad de que la SE decida transformarse en sociedad anónima del Estado dónde tiene su domicilio social. Sin embargo, dicha transformación no podrá efectuarse hasta que hayan transcurrido dos años desde su inscripción en el Registro ni antes de que hayan sido aprobadas las dos primeras cuentas anuales. Al igual que la transformación inversa (SA-SE) no se producirá la disolución ni creación de una nueva persona jurídica. El procedimiento estipulado en los apartados 3 a 6 del artículo 66 también guarda grandes semejanzas con el previsto para la transformación de la SA en SE.

## **DISPOSICIONES FINALES**

El Reglamento entrará en vigor el 8 de Octubre de 2004 y los Estados Miembros deberán tomar todas las medidas necesarias para asegurar la aplicación efectiva de éste. En este sentido los Estados Miembros deben designar las autoridades competentes en los procedimientos previstos en los artículos 8, 25, 26, 54, 55 y 64.

La disposición más interesante es la posibilidad de modificar el Reglamento tras un período de 5 años desde la entrada en vigor: *“La Comisión presentará al Consejo y al Parlamento Europeo un informe sobre la aplicación del presente reglamento, junto con*

*propuestas de modificación si procede*" (Artículo 69). En particular, deberá pronunciarse sobre las cuestiones que gran parte de la doctrina ha defendido para solucionar las carencias de la SE: Radicar el domicilio social y la administración central de la SE en diferentes Estados Miembros (sistema de incorporación), ampliar el concepto de fusión, cláusula relativa a la competencia judicial en lo referente al traslado de domicilio y dotar a la SE de una mayor libertad estatutaria.

## **ASPECTOS NO REGULADOS EN EL REGLAMENTO 2157/2001**

### **EL REENVÍO A LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES Y SUS INCONVENIENTES**

Tal y como hemos visto anteriormente, con la elaboración de un Derecho común de Sociedades Europeo se fue vaciando el contenido del proyecto de la SE, de tal forma que del carácter puramente comunitario tan sólo quedan las disposiciones relativas al modo de constitución, el traslado del domicilio social y la participación de los trabajadores.

Para solventar las cuestiones más polémicas y dotar a la SE de una mayor flexibilidad se optó por establecer un sistema de fuentes con remisiones al Derecho Societario armonizado y al Derecho nacional. Sin embargo tal y como apunta Benoît Lecourt<sup>74</sup> esta técnica presenta grandes inconvenientes.

En primer lugar, la aplicación de los derechos nacionales conlleva una superposición de las normas aplicables, lo cual puede convertir la aplicación del Reglamento en una tarea demasiado compleja.

Como consecuencia de la superposición de normas, podría producirse una incompatibilidad entre el Reglamento y el Derecho nacional. Esta incompatibilidad puede provenir del hecho que las Directivas a las cuáles se remite el Reglamento han sido objeto de una traducción particular en cada Estado Miembro según la tradición jurídica nacional. De este modo, las reglas relativas a la constitución de sociedades y el régimen de la nulidad han recibido una traducción distinta en función de que el Estado Miembro en cuestión tenga una concepción contractual o institucional de la sociedad.

Por otra parte, el riesgo de incompatibilidad es todavía aún mayor cuando el Derecho nacional se aplica en razón de una laguna comunitaria. Al tratarse de una remisión al Derecho nacional puro, es decir que no ha sido armonizado, su contenido es susceptible del ser contrario a espíritu del Reglamento.

En segundo lugar, las frecuentes remisiones al Derecho nacional y la posibilidad de que los fundadores puedan elegir libremente dónde establecerse pueden producir la propagación de un efecto Delaware en la comunidad. En EEUU al no existir un Derecho uniforme de sociedades las grandes empresas se constituyen bajo la forma de un Estado en particular y los Estados compiten para lograr la implantación de sociedades en su territorio, lo cual puede conllevar un establecimiento puramente artificial y "shopping" legislativo. Normalmente suelen establecer su sede en Delaware, pues suele ser el Estado que facilita en mayor medida la implantación de sociedades.

---

<sup>74</sup> Op cit. pág 352.

Aunque la mayor parte de los Estados Miembros no admiten el sistema de incorporación, propio de los sistemas anglosajones, el riesgo sigue siendo presente pues, los fundadores pueden tratar de elegir el derecho nacional menos riguroso<sup>75</sup>. Se produciría además un situación muy contradictoria, pues el objetivo inicial de crear un Derecho Europeo de Sociedades era evitar la propagación del efecto Delaware en la Comunidad.

En tercer lugar, el sistema de remisiones producirá que la SE tenga rasgos distintos en cada país, de tal forma que existirán tantas modalidades de SE como Estados Miembros. En definitiva, se está creando una SE de naturaleza comunitaria-nacional en la que predomina lo nacional frente a lo comunitario. Esta situación fue puesta de manifiesto por el Parlamento Europeo en el Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado del Interior (Junio 2001): *"...la SE tendrá un perfil diferente en cada Estado. No se tratará de una Sociedad Europea de tipo europeo sino una SE francesa, española, alemana.... Incluso en el interior de un Estado Miembro se constituirán una multitud de sociedades europeas diferentes..."*.

Esta situación también ha sido reflejada por la mayor parte de la doctrina entre quien podemos destacar Gérard Blanc<sup>76</sup> que considera que el empleo de una pluralidad de remisiones al Derecho nacional establece un régimen jurídico que conlleva una gran complejidad, que deberá ser solventada por los especialistas. Además, considera que en vez de calificar a la SE como *"sociedad europea con variación nacional"* sería más adecuado hablar de una *"sociedad anónima nacional de carácter europeo"*. Por otra parte, tal cantidad de remisiones al Derecho nacional puede dificultar el desarrollo del proceso de armonización, puesto que existe el riesgo de que los Estados decidan mantener sus particularismos nacionales a la hora de elaborar una normativa específica para las SE establecidas en su territorio. Esta situación sería claramente contraria al espíritu armonizador del Reglamento y el Considerando 7º que establece que: *"Las disposiciones de un Reglamento de este tipo permitirían la creación y la gestión de sociedades de dimensión europea, sin que los obstáculos derivados de la disparidad y la aplicación territorial limitada de las legislaciones nacionales aplicables a las sociedades mercantiles puedan impedir o dificultar tales operaciones"*.

Por último en relación con efecto Delaware, considera que el legislador nacional puede sentirse tentado, a dictar normas nacionales específicas para la SE menos rigurosas con el fin de atraer sobre su territorio el mayor número de sociedades de este tipo. Esta situación es ya una realidad presente no sólo en el Derecho de Sociedades, sino también en el Derecho Laboral o Fiscal.

---

<sup>75</sup> A modo de ejemplo, Benoît Lecourt cita el caso de Holanda, donde se estima que 10.000 sociedades están domiciliadas en Delaware o Islas Caimán sin tener ningún tipo de vinculación con el Estado de registro y que ejercen sus actividades principalmente en Holanda. Op. Cit. pág. 352.

<sup>76</sup> Blanc Gérard, "La société européenne: La pluralité des rattachements en question (a propos du règlement 2157/2001 du 8 octobre 2001)", *Le Dalloz 2002*, año 178, cuaderno azul nº 12 (21 Marzo), págs. 1052 y ss.



## REENVÍO AL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES

El Reglamento se remite a las disposiciones nacionales dictadas en aplicación de las Directivas sobre sociedades. Tal es el caso, como hemos visto, de las normas de constitución, publicidad y registro de la SE (Primera Directiva 68/151/CEE), capital social (Segunda Directiva 77/91/CEE), fusión de sociedades al regular la constitución de la SE mediante fusión o transformación de una SA preexistente (Tercera Directiva 78/855/CEE), cuentas sociales (Cuarta Directiva 78/660/CEE) y cuentas consolidadas (Séptima Directiva 83/349/CEE).

Este reenvío a las disposiciones nacionales coordinadas es adecuado, en la medida que no es más que la constatación de la eficacia del trabajo de coordinación puesto en marcha por el legislador comunitario y que la doctrina ha considerado como la creación de un auténtico Derecho Europeo de Sociedades.

## REENVÍO A OTROS ÁMBITOS DEL DERECHO: LA IMPORTANCIA DEL DERECHO FISCAL

Con esta expresión no estamos refiriendo al reenvío a otros ámbitos del Derecho que lógicamente no han sido tratados por las Directivas societarias.

Según el considerando 20 del Reglamento: *"...el Derecho Fiscal, el Derecho de la Competencia, el Derecho de propiedad intelectual, y el Derecho concursal..., en dichos ámbitos y en otros ámbitos no cubiertos por el presente Reglamento serán aplicables las disposiciones del Derecho de los Estados Miembros y del Derecho Comunitario"*.

El considerando 21 del Reglamento para las cuestiones de Derecho Laboral y Social no incluidas en la Directiva sobre implicación de los trabajadores, se remite a las disposiciones nacionales aplicables en las mismas condiciones a las sociedades anónimas.

No obstante, solamente el hecho de que no se incluya ninguna norma de tipo fiscal ha generado un gran debate entre la doctrina.

La mayor parte considera<sup>77</sup> que para lograr el buen funcionamiento de la SE y una mayor atracción de las empresas hacia la SE es preciso incluir una serie de disposiciones fiscales especiales. Además, los directivos de las empresas en muchas ocasiones eligen una forma social determinada en función de las ventajas fiscales ofrecidas.

El Parlamento Europeo en el informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado de Interior (Junio 2001) considera indispensable la aprobación antes de la entrada en vigor del Reglamento y la Directiva (2004) de disposiciones fiscales de acompañamiento, e invita a la Comisión y a los Estados miembros a proceder a su adopción. Según el Parlamento la SE estará determinada por el Derecho Fiscal (amortización y asunción de pérdidas).

Por el contrario, nos parece más adecuada la tesis de Blanquet<sup>78</sup> y Schultz<sup>79</sup>, que consideran que al no incluir disposiciones específicas fiscales se está evitando introducir

---

<sup>77</sup> Wymeersch Eddy, op. cit. pág. 43-44. Joris Jean-Louis, op. cit. pág. 19 y ss.

<sup>78</sup> Op. cit. pág. 98.

distorsiones a la competencia (discriminación con respecto a las empresas más pequeñas) y se asegura la neutralidad fiscal, sin importar cuál es la forma social que se ha adoptado. Desde su punto de vista, parece más adecuado que la opción de crear una SE se tome en función en los beneficios intrínsecos de la SE (realizar operaciones transfronterizas, reducción de costes...) en lugar de en función de una serie de ventajas fiscales. No obstante, será preciso evitar que la SE sea discriminada con respecto a otros tipos societarios.

En definitiva, la SE será tratada como cualquier sociedad nacional, es decir tributará por sus ingresos en el Estado del domicilio social y el establecimiento permanente o la filial de la SE sólo tributará en el Estado Miembro en que esté situada. En el supuesto de que sus ingresos globales tributen en el Estado Miembro del domicilio social podrán compensar las pérdidas de algunos establecimientos permanentes con los ingresos obtenidos por la sociedad. Según Loris<sup>80</sup> este régimen fiscal es muy diferente de la intención inicial de que la SE sólo estuviese sometida a una única legislación fiscal.

A pesar de la remisión al derecho nacional en cuestiones de fiscalidad, podemos destacar ciertas especificidades fiscales propias de la SE:

En caso de una SE constituida por fusión la SE podría beneficiarse de la aplicación de la Directiva 90/434/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones de sociedades de Estados Miembros distintos. Esta norma sólo prevé la imposición de las plusvalías realizadas en el momento de la fusión, y no las plusvalías latentes en la medida que el establecimiento permanente se mantenga en el Estado dónde la sociedad estaba registrada antes de la fusión. No obstante, será preciso efectuar una modificación técnica de la Directiva para añadir la SE a las categorías de empresas que entran dentro de su campo de aplicación.

La SE también podrá evitar la doble imposición en caso de distribución de beneficios entre la matriz y sus filiales situadas en los demás Estados Miembros en virtud de la Directiva 90/435/CEE.

La SE también deberá ser incluida en la lista de sociedades afectadas por la futura Directiva<sup>81</sup> que tendrá como fin evitar la imposición de intereses y cánones pagados entre sociedades de un mismo grupo, puesto que se alcanzó un acuerdo político sobre la materia en Consejo Ecofin de 26 y 27 de Noviembre de 2000<sup>82</sup>.

La SE podrá beneficiarse de las convenciones fiscales en vigor en los Estados Miembros dónde estén situadas. En el mismo sentido podrán beneficiarse de la aplicación de la Convención de Arbitraje 90/436/CEE que tiene por objeto eliminar la doble imposición en caso de corrección de beneficios de empresas asociadas.

En el caso de que la SE una vez constituida decida trasladar su domicilio a otro Estado Miembro, como hemos visto anteriormente, el traslado se efectuará con el mantenimiento

---

<sup>79</sup> Op. cit. pág. 340.

<sup>80</sup> Op. cit pág. 19 y ss.

<sup>81</sup> Propuesta n° 98/C 123/07 de 6 de Marzo de 1998.

<sup>82</sup> Para más detalle sobre las Directivas 90/434/CEE, 90/435/CEE y la propuesta anterior vid. Afschrift Thierry, "Las Directivas de armonización de los impuestos directos y sus medidas de anti-evasión fiscal", Noticias de la Unión Europea, *CISSPRAXIS*, N° 208 Mayo 2002.

de la personalidad jurídica. Consecuentemente, las disposiciones nacionales que traten fiscalmente esta operación como una disolución deberán ser modificadas. Tal es el caso del Derecho Fiscal alemán. Concretamente, el artículo 12.1 de la Ley del impuesto de sociedades que trata de evitar la evasión de ganancias de capital en los supuestos de traslado del domicilio social a otro Estado al hacer tributar por las reservas ocultas hasta el momento del traslado<sup>83</sup>.

En cambio otros ordenamientos como el Derecho Fiscal francés, para poder efectuarse el traslado de sociedades sometidas al impuesto de sociedades sin que se produzca la disolución de la personalidad jurídica es necesaria la existencia de un Convenio Internacional<sup>84</sup>. Según Menjuca<sup>85</sup> el Reglamento de la SE podrá considerarse a los efectos del traslado como un Convenio Internacional.

En definitiva, la posibilidad de efectuar el traslado sin disolución es una ventaja considerable para la SE puesto que en el estado actual del Derecho, la sociedades no pueden beneficiarse de esta posibilidad por las dificultades jurídicas y fiscales existentes<sup>86</sup>.

## **LA DIRECTIVA 2001/86 DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SE**

### **LA INDISOCIABILIDAD DEL REGLAMENTO SE Y LA DIRECTIVA 2001/86**

En la propuesta de 1989 la Comisión plantea por primera vez un desdoblamiento normativo de la SE, al decidir tratar la cuestión de la participación de los trabajadores en una Directiva que complemente la propuesta de Reglamento de la SE.

No obstante tras el fracaso de la propuestas de 1989 y 1991, en 1995 la Comisión en la Comunicación sobre información y consulta de los trabajadores plantea la separación de las cuestiones relativas al Estatuto de la SE y las cuestiones sobre información y consulta de los trabajadores. Como alternativa a la propuesta de 1989 se plantea la posibilidad de solucionar la cuestión con la mera aplicación de la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo<sup>87</sup>.

Sin embargo, tal y como hemos visto, en las consultas posteriores se rechaza la aplicación de la Directiva del Comité de Empresa Europeo y el Informe Davignon reitera la necesidad de alcanzar una solución específica.

A pesar de la buena acogida del Informe Davignon por parte de 14 Estados Miembros, nuevamente se presenta una propuesta que acerca la cuestión a la Directiva del Comité

---

<sup>83</sup> Según Schulz esta norma no debería aplicarse en todos los casos pues normalmente la SE seguiría teniendo un establecimiento permanente en Alemania, en cuyo caso las reservas ocultas seguirían estando sujetas a tributación en Alemania. Por lo tanto, dicha norma sólo debe aplicarse cuando la imposición de las reservas ocultas no sea posible después del traslado del domicilio social. Sin embargo, esta opinión no es compartida por las autoridades fiscales alemanas. Op cit. pág. 339.

<sup>84</sup> Art. 221.2 CGI (*Code General des Impôts*) de la legislación fiscal francesa.

<sup>85</sup> Op. cit. pág 1090.

<sup>86</sup> Salvo en el caso, como hemos visto anteriormente, de la AEIE (Art. 13 Reglamento 2137/85).

<sup>87</sup> Directiva 94/45/CE, modificada por la Directiva 97/74/CE.

de Empresa Europeo que será rechazada. Posteriormente, durante la presidencia inglesa (1998) se plantea un nuevo desdoblamiento<sup>88</sup>:

- Tratar la cuestión de la participación de los trabajadores en los órganos de gobierno de la empresa en una Directiva.
- Regular la cuestión de la información y consulta de los trabajadores en una Directiva distinta.

Finalmente, este nuevo desdoblamiento es rechazado y se decide tratar la cuestión en una única propuesta de Directiva en la que se recogen las conclusiones del Informe Davignon.

Una de las características fundamentales del proyecto final, al igual que la propuesta de 1989, es la complementariedad entre el Reglamento y la Directiva. Es decir, *“ambos textos se aplican concomitantemente”* y la Directiva constituye *“un complemento indisoluble del Reglamento de la SE”*<sup>89</sup>.

Prueba de lo anterior, es la imposibilidad de efectuar el registro de la SE si se han incumplido las disposiciones de la Directiva sobre implicación de los trabajadores en la SE (en adelante DITSE). En este sentido, tal y como hemos visto, los fundadores de la SE deberán entablar un procedimiento de negociación con el órgano de representación de los trabajadores.

## **LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y SUS DISTINTAS MODALIDADES**

La Directiva va introducir el término implicación por primera vez en el Derecho del Trabajo de los Estados Miembros y en el Derecho Comunitario.

En el artículo 2h de la Directiva se define la implicación como: *“la información, 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”*.

Según Meyer podemos deducir que el concepto utilizado por la Directiva está estableciendo implícitamente una clasificación en función de la influencia que puedan tener en las decisiones que ha de adoptar la empresa:

- En primer lugar, la información.
- En segundo lugar, la consulta.
- En tercer lugar, la participación.
- En último lugar, como categoría residual cualquier otro mecanismo.

---

<sup>88</sup> Meyer Francis, *“La société européenne”*, *Les Petites affiches: La Loi*, 2002 V. 391 n° 76 ,16 Abril, págs.7y 8.

<sup>89</sup> Considerando n° 19 del Reglamento de la SE.

La Directiva, partiendo de las conclusiones del Informe Davignon, no establece un modelo europeo único al considerar que la gran disparidad de prácticas y normas existentes en los Estados Miembros desaconsejan tal opción. Por esta misma razón, la Directiva da prioridad a la negociación entre las partes a la hora de determinar los procedimientos de consulta e información así como en su caso la participación de los trabajadores. En caso de falta de acuerdo se prevén unas normas subsidiarias<sup>90</sup>.

Por otra parte la Directiva se apoya sobre el principio de antes-después<sup>91</sup>, en virtud de cuál se persigue el respeto de los derechos adquiridos de los trabajadores. Estos derechos constituirán el punto de partida a la hora de determinar la implicación de los trabajadores en la SE y también deberán ser tenidos en cuenta a la hora de introducir modificaciones estructurales.

## **Información**

A diferencia de la Directiva del Comité de Empresa Europeo, la DITSE define de una manera muy amplia y precisa el contenido de esta modalidad de implicación

La información consiste en la comunicación, por parte del órgano competente de la SE al órgano de representación de los trabajadores o representantes de los trabajadores, de las informaciones relativas a las cuestiones que afecten a la SE y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situado en otro Estado Miembro o que excedan de las competencias de los órganos de decisión en un único Estado Miembro en un momento 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.

Del concepto de información podemos deducir su importancia para los representantes de los trabajadores, pues en base a ella podrán preparar la consultas posteriores que quieran hacer ante el órgano competente de la SE.

En definitiva, el derecho de información es el primer eslabón de la cadena de implicación de los trabajadores en la SE, pues en función de ésta los trabajadores podrán influir en las decisiones que ha de adoptar la empresa.

## **Consulta**

De nuevo, la DITSE amplía la tímida definición de consulta establecida en la Directiva del Comité de Empresa Europeo (intercambio de puntos de vista y establecimiento del diálogo).

---

<sup>90</sup> Considerando 8º de la Directiva.

<sup>91</sup> Considerando 18º de la Directiva.

Según la DITSE la consulta es el establecimiento de un diálogo e intercambio de opiniones entre el órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores y el órgano competente de la SE, 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 y que pueda ser tenida en cuenta en el marco del proceso de toma de decisiones en la SE.

En este caso para que los trabajadores puedan tener una cierta capacidad influencia en la SE es imprescindible que los representantes de los trabajadores establezcan un canal de comunicación permanente con el órgano competente de la SE y que la opiniones manifestadas por éstos sean tenidas en cuentas por el órgano competente en el marco del proceso de toma de decisiones de la SE.

Aunque la DTSE ha establecido un concepto muy amplio de procedimiento de información y consulta, también se han establecido límites a ambos. Concretamente, el deber de confidencialidad y la posibilidad de que la SE no revele aquella información que pueda dañar gravemente el funcionamiento de la SE en caso de hacerse pública<sup>92</sup>, cuya regulación se manifiesta en el artículo 8 de la Directiva.

## Participación

La DITSE define la participación como la influencia del órgano de representación 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.
- 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.

En relación con el concepto de participación, Dossermot<sup>93</sup> afirma que la Directiva utiliza una *"noción débil y ambigua que ha sido acantonada en el dominio de la participación orgánica"*<sup>94</sup>. No obstante, como adecuadamente precisa dicho autor hemos de tener en cuenta que también existen otras formas de participación que a pesar de no ser orgánicas constituyen una limitación del poder unilateral de la empresa como es el caso de la codeterminación<sup>95</sup> en el *"Betriebsrat"* (Comité de Empresa) alemán.

---

<sup>92</sup> Considerando 13º de la Directiva.

<sup>93</sup> Dossermot Filip, vid. Storck Jean-Patrice, Meyer Francis, Pichot Evelyne..., *"La société européenne"*, *Les Petites affiches: La Loi*, 2002 V. 391 nº 76 ,16 Abril, pág. 38.

<sup>94</sup> Traducción propia, Dossermot Filip, op. cit. pág. 38.

<sup>95</sup> Para un estudio comparativo sobre la codeterminación en Alemania y Francia vid. Rebérioux Antoine, *"European Style of Corporate Governance at the Crossroads: The Role of Worker Involvement"*, *Journal of Common Market Studies*, Blackwell Publishers, 2002 V. 40 nº 1, págs. 120-126.

La participación no tiene la misma consideración de fundamental que los procedimientos información y la consulta ya que según la propia Directiva éstos deben estar asegurados en todos los caso de constitución de la SE<sup>96</sup>.

Tal situación también la podemos ver reflejada en el considerando 8º de la Directiva: *“Los procedimientos concretos de información y consulta transnacional y así como en su caso, de participación deberán definirse...”*.

Al descansar la Directiva sobre el principio de respeto los derechos adquiridos, en el caso de que los trabajadores de las sociedades fundadoras no hayan establecido un régimen de participación en los órganos de su propia sociedad, la SE podrá ser registrada sin la adopción de unas normas de participación y sin la obligación de efectuarse una negociación contractual sobre este punto. Al contrario, en el caso de la información y consulta siempre deberá haber una negociación al respecto.

Por otra parte, las disposiciones de referencia<sup>97</sup> establecidas en el Anexo de la Directiva sobre participación se aplicarán en los distintos supuestos de constitución de la SE en función de la participación preexistente en la sociedades fundadoras.

Por lo tanto, podemos concluir que en numerosos supuestos la SE podrá ser constituida sin la participación de los trabajadores en los órganos sociales, lo cual según Menjuq permite introducir una cierta flexibilidad y la posibilidad de establecerse “a medida” conforme a las diferentes concepciones nacionales<sup>98</sup>.

## **Cualquier otro mecanismo**

La DITSE permite como modalidad residual de la implicación cualquier mecanismo que permita a los trabajadores influir en las decisiones que se adopten en la empresa.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta que a diferencia de las modalidades anteriores la Directiva no precisa en que consiste cualquier otro mecanismo.

Meyer<sup>99</sup> deduce de está situación que la Directiva está formulando un concepto abierto de implicación de los trabajadores en la SE. Por lo tanto, los agentes sociales podrán buscar otras fórmulas de implicación. Dichas fórmulas estarán cubiertas por la Directiva si permiten ejercer una influencia sobre las decisiones que deberá tomar la empresa.

---

<sup>96</sup> Considerando 6º de la Directiva.

<sup>97</sup> Tal y como veremos aplicables en caso de falta de acuerdo o si las partes así lo establecen.

<sup>98</sup> Menjuq, op. cit. pág. 1087.

<sup>99</sup> Meyer Fracis, op. cit pág 9.

## EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

### La constitución de la comisión negociadora

Tal y como hemos reiterado anteriormente la implicación de los trabajadores debe establecerse mediante la negociación entre los fundadores de la SE y los representantes de los trabajadores. Prueba de la importancia de la negociación es la obligación del órgano de administración de las sociedades fundadoras de iniciar las gestiones previas a la negociación en cuanto se haya establecido el proyecto de constitución .

Con el fin de llevar a cabo el procedimiento de negociación se creará un órgano "*ad hoc*": la comisión negociadora compuesta por miembros elegidos o designados en proporción al número de trabajadores empleados en cada Estado Miembro por las sociedades participantes en la SE.

En este sentido, los Estados Miembros tendrán un puesto por cada 10% o fracción del total de los trabajadores empleados por las sociedades participantes en el conjunto de los Estados Miembros.

Este procedimiento difiere del la Directiva del Comité de Empresa Europeo que permita una mayor representación de los Estados Miembros al establecer un representante por Estado Miembro y la posibilidad de que el resto sean designados en función del número de trabajadores empleados.

La Directiva prevé una excepción en el caso de fusión, al permitir que se incorporen miembros adicionales a la comisión negociadora en representación de cada Estado Miembro con el fin de garantizar que en la comisión negociadora está presente un representante por cada sociedad participante que tenga trabajadores en dicho Estado Miembro y que deje de existir, según el proyecto, como entidad jurídica diferenciada tras el registro de la SE. No obstante dicha excepción esta sometida a una serie de condiciones con el fin de evitar la sobrerrepresentación<sup>100</sup>.

Cada Estado Miembro deberá determinar el procedimiento de elección o designación de los miembros de la comisión negociadora en su territorio. También deberán adoptar las medidas adecuadas para asegurar, en la medida de lo posible, que entre dichos miembros figure al menos un representante de cada una de las sociedades participantes que emplee a trabajadores en el Estado de miembro afectado. Estas medidas no podrán suponer un aumento del número total de miembros.

Los Estados Miembros podrán que entre los miembros de la comisión negociadora figuren representantes sindicales sin tener en cuenta si son o trabajadores de una de las empresas participantes. Esta posibilidad es un gran novedad, ya que en la Directiva del Comité de Empresa Europeo ni siquiera se mencionaba a las organizaciones sindicales.

La función de la Comisión negociadora y los órganos competentes de las sociedades participantes será fijar, mediante acuerdo escrito, las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE. En este sentido el órgano competente de las sociedades participantes debe informar puntualmente a la comisión negociadora del desarrollo del proceso de constitución de la SE.

---

<sup>100</sup> Vid artículo 3.2a) de la Directiva.



Por otra parte en la Directiva se establece detalladamente una serie de reglas sobre el funcionamiento de la comisión negociadora

La Comisión negociadora como regla general podrá tomar decisiones por votación de la mayoría de sus miembros siempre que dicha mayoría represente igualmente a una mayoría absoluta de trabajadores.

No obstante, en el caso de que el resultado de las negociaciones conlleve una reducción de los derechos de participación de los trabajadores se establece un procedimiento de votación especial. Tal situación se producirá cuando la proporción de miembros de los órganos de la SE sea inferior a la proporción más alta existente en las sociedades participantes. En tal caso, la mayoría requerida será de dos tercios de los miembros de la comisión negociadora que representen al menos dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de los miembros que representen a trabajadores contratados, en al menos dos Estados Miembros. Estas normas de mayoría reforzadas se aplicarán en dos casos:

- En el caso de una SE constituida mediante fusión, si la participación afecta al menos al 25 % del número total de trabajadores de las sociedades participantes, o
- En el caso de una SE constituida mediante la creación de una sociedad *holding* o de una filial, si la participación afecta al menos al 50% del número total de trabajadores de las sociedades participantes.

La razón de exigir una mayoría reforzada en estos supuestos reside en la protección de los derechos de los trabajadores que poseen derechos de cogestión en las sociedades que participan en el proceso de constitución de la SE.

En el caso de que la Comisión negociadora decida no iniciar negociaciones o terminar las negociaciones ya iniciadas y basarse en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores de los Estados Miembros en los que la SE tenga trabajadores se aplicará la regla de la mayoría reforzada de dos tercios. En este supuesto no se aplicarán las disposiciones de referencia del Anexo de la Directiva

No obstante, la comisión negociadora podrá volver a ser convocada cuando lo soliciten por escrito el 10% por lo menos de los trabajadores de la SE siempre que hayan transcurrido dos años desde la fecha de la decisión anterior, salvo que las partes acuerden reiniciar las negociaciones con anterioridad. Si la Comisión negociadora decide reanudar las negociaciones pero no se llega ningún acuerdo tampoco entrarán en juego las disposiciones de referencia establecidas en el Anexo de la Directiva.

Por último, podemos mencionar la posibilidad de que durante las negociaciones la comisión negociadora pueda ser asistida por expertos de su elección y que pueda informar a las organizaciones externas pertinentes, incluidos los sindicatos, sobre el inicio de las negociaciones.

## **El contenido del acuerdo**

La Directiva otorga gran libertad a las partes a la hora de negociar un acuerdo sobre la implicación de los trabajadores en la SE. Sin embargo, el acuerdo deberá contener como mínimo una serie de elementos:

- Ámbito de aplicación del acuerdo.**
- Composición, número de miembros y distribución de los puestos del órgano de representación.** En este caso, será el interlocutor del órgano competente de la SE en el marco de las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores.
- Atribuciones y el procedimiento previsto de información y consulta al órgano de representación.**
- Frecuencia de las reuniones del órgano de representación.**
- Recursos financieros y materiales del órgano de representación.**
- En el caso de que se establezcan uno o más procedimientos de información y consulta en lugar de establecer un órgano de representación, las modalidades de aplicación de tales procedimientos.**
- En el caso de establecer normas de participación, los aspectos sustanciales de dichas normas, incluido, en su caso, el número de miembros del órgano de administración o de control de la SE que los trabajadores podrán elegir, designar, recomendar u oponerse a su designación, el procedimiento a seguir en tales casos y sus derechos.**
- Fecha de entrada en vigor, duración, supuestos de renegociación y procedimiento previsto en tal caso.**

En el caso de que la SE se constituya mediante transformación de una SA nacional se ha previsto una cautela para evitar que el cambio de personalidad jurídica pueda repercutir sobre los derechos de los trabajadores. En este supuesto el acuerdo deberá estipular un nivel de implicación de los trabajadores que sea al menos equivalente al existente en la sociedad que va a transformarse en SE.

Salvo que el acuerdo prevea lo contrario, normalmente el acuerdo no estará sujeto a las Disposiciones de referencia establecidas en el Anexo de la Directiva.

## **LAS DISPOSICIONES DE REFERENCIA**

Con el fin de asegurar la implicación de los trabajadores en la SE la Directiva incluye una serie de reglas mínimas (disposiciones de referencia) para los supuestos en que las partes no han logrado alcanzar un acuerdo sobre la implicación de los trabajadores en la SE.

Dichas reglas se aplicarán si las partes lo acuerdan o si no se ha podido alcanzar un acuerdo tras un plazo de seis meses desde la constitución de la comisión negociadora, plazo que se podrá prorrogar durante seis meses.

Los Estados Miembros deberán dictar sus propias disposiciones de referencia de conformidad con las disposiciones previstas en el Anexo de la Directiva.

Las disposiciones de referencia del Anexo de la Directiva establecen una regulación diferente por un lado, para el procedimiento de información y consulta , y por otro lado para la participación.

## **Información y consulta**

La información y consulta se llevará a cabo por el órgano de representación de los trabajadores que podríamos definir como una especie de Comité de Empresa de la SE.

La competencia de este órgano se limita a las cuestiones que afecten a la SE y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situados en otro Estado Miembro o aquellas que excedan de la competencia de los órganos de decisión en un solo Estado Miembro.

El órgano competente de la SE deberá reunirse al menos una vez al año con el órgano de representación. Con el fin de facilitar tal reunión, el órgano de administración debe elaborar informes periódicos que abordarán obligatoriamente en detalle los programas de actividades, las cifras de producción y ventas de presentes y futuros de la empresa, las consecuencias previsibles para los trabajadores, los cambios en la dirección de la empresa , las fusiones y cesiones de activos previstas, así como los cierres y despidos potenciales.

## **Participación**

Los trabajadores de la SE y sus filiales tienen derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de un número de miembros del órgano de administración o de control de la SE igual a la mayor de las proporciones vigentes en las sociedades participantes.

La Directiva distingue distintas modalidades de participación en función de la forma de constitución de la SE y la participación anterior existente en las sociedades fundadoras:

- ❑ Si ninguna de las sociedades fundadoras estuviera regida por las normas de participación en los órganos societarios antes del registro de la SE, no existirá la obligación de establecer disposiciones de referencia relativas a la participación de los trabajadores. Esta situación es una clara consecuencia del principio de antes-después (respeto de los derechos adquiridos).
- ❑ En el caso de una SE constituida por transformación de una SA nacional, si la sociedad está sujeta a un régimen de participación en el órgano de administración o de vigilancia antes de la inscripción de la SE, todos los elementos de la participación de los trabajadores continuarán siendo de aplicación en la SE.
- ❑ En el caso de una SE *holding* o SE filial las disposiciones de referencia se aplicarán cuando la participación orgánica societaria antes de la inscripción afecte al menos al 50% de los trabajadores. En el caso de que sea menor, la decisión deberá ser

tomada por la comisión negociadora. Si hubiese más de una forma de participación en las sociedades participantes le corresponde a la comisión negociadora elegir la forma que debe establecerse en la SE.

- ❑ En el caso de una SE constituida por fusión si antes de la inscripción de la SE, se aplicaban una o más formas de participación en una o más de las sociedades participantes que afectasen al menos al 25 % de los trabajadores. En el caso de que sea menor se aplicarán las disposiciones de referencia si así lo decide la comisión negociadora. No obstante, ante las reticencias que puede producir el hecho de que una pequeña parte de los trabajadores con cogestión imponga su forma de participación al resto existe la posibilidad de que un Estado Miembro decida no aplicar las disposiciones de referencia sobre participación en el caso de una SE constituida por fusión<sup>101</sup>. En tal caso, tal como indicamos al tratar el Registro de la SE, la SE sólo podrá registrarse en dicho Estado si existe un acuerdo de implicación entre las partes, o bien si ninguna de las sociedades participantes estuvo sujeta a normas de participación antes de la inscripción de la SE.

Una vez decidido si habrá participación en la SE será necesario determinar cual es el órgano de participación. Aunque esta cuestión no planteará problemas, ya que viene dado por la estructura administrativa que se haya previsto en los Estatutos. En el sistema dualista será el órgano de vigilancia y el sistema monista será el órgano de administración.

En las disposiciones de referencia del Anexo de la Directiva también se precisan normas sobre la composición del órgano de participación y la condición de sus miembros:

En relación con la composición, los trabajadores podrán elegir un porcentaje igual al porcentaje mayor que se aplique en ese momento en las sociedades participantes antes del registro de la SE. Un criterio como este beneficia al conjunto de los trabajadores y en los supuestos de participación intensa puede llegar a suscitar el recelo del factor capital.

Por otra parte, corresponde al órgano de representación (órgano de información y consulta) decidir sobre el reparto, recomendación u oposición al nombramiento de los puestos en el seno del órgano de administración o control entre los miembros representantes de los trabajadores de los distintos Estados Miembros en función de la proporción de trabajadores de la SE contratados en cada Estado Miembro. Si los trabajadores de uno o varios Estados Miembros no se incluyen en virtud del criterio anterior, se prevé la posibilidad de que el órgano representativo nombre a uno de los miembros del Estado Miembro en cuestión, y en particular del Estado Miembro del domicilio social de la SE cuando se considere oportuno.

En relación con la condición de los miembros del órgano de participación, éstos serán miembros de pleno derecho de dicho órgano y con los mismos derechos y deberes que los representantes de los accionistas, incluido el derecho de voto.

Por último podemos destacar la precisión introducida por el Anexo de la Directiva para los supuestos de transformación de una SA nacional en SE, en cuyo caso las cuestiones sobre el órgano de participación dependerá de lo dispuesto para la SA nacional.

---

<sup>101</sup> Tal y como hemos visto esta excepción fue introducida por el acuerdo alcanzado en la Cumbre de Niza.

## **LA RELACIÓN CON LA DIRECTIVA 97/74 DEL COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO**

En el supuesto que una SE sea una empresa de dimensión comunitaria o una empresa de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, de tal forma que recaer dentro del campo de aplicación de la Directiva del Comité de Empresa Europeo 94/45/CE, no se aplicará a la SE ni a sus filiales las disposiciones de dicha Directiva ni las disposiciones que la incorporen a los Derechos nacionales de los Estados Miembros.

En definitiva, estarán sujetas al procedimiento de información y consulta a nivel comunitario establecido por la DITSE. Esta norma garantiza la igualdad de los trabajadores puesto que evita que ningún grupo de los trabajadores de la SE sea privado del procedimiento de información y consulta a nivel comunitario establecido por la DITSE.

Sin embargo, cuando la comisión negociadora decida no iniciar las negociaciones o poner fin a las negociaciones ya iniciadas, si entrarán en juego las disposiciones de la Directiva del Comité de Empresa Europeo.

### **EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD**

Al abordar el concepto de información y consulta de la Directiva resaltamos que en la propia Directiva se establecían un importante límite a ambos procedimientos. Concretamente, el deber de confidencialidad y la posibilidad de que la SE no revele aquella información que pueda dañar gravemente el funcionamiento de la SE en caso de hacerse pública<sup>102</sup>.

Este deber general de confidencialidad se manifiesta en el artículo 8 de la Directiva según el cuál, los Estados Miembros deben prohibir que las informaciones de carácter confidencial comunicadas en el marco del procedimiento de consulta e información sean reveladas a terceros.

En dicho artículo se establece un procedimiento en el que los Estados Miembros pueden optar:

En primer lugar, por establecer, conforme al derecho interno, en que supuestos específicos, la SE con arreglo a criterios objetivos no estuviera obligada a comunicar aquella información que pueda perjudicar, a la SE o a sus establecimientos permanentes, o crear graves obstáculos al funcionamiento de los mismos.

En segundo lugar, por supeditar la dispensa anterior a la concesión de una autorización previa de carácter administrativo o judicial.

En tercer lugar, por establecer una serie de disposiciones especiales que tengan como finalidad dar una orientación ideológica sobre la información y expresión de opiniones, con la condición de que tales disposiciones existieran con anterioridad a la adopción de la Directiva.

En los tres supuestos los Estados Miembros deben establecer la posibilidad de que los representantes de los trabajadores puedan presentar un recurso administrativo o judicial

---

<sup>102</sup> Vid. considerando 13º de la Directiva.

cuando el órgano de control o de administración de la SE o de una sociedad participante exija confidencialidad o no facilite información.

A pesar de la garantía de poder presentar un recurso hemos de resaltar que la Directiva en ningún momento precisa que informaciones deben comunicarse expresamente a título confidencial. Esta laguna conlleva una clara falta de seguridad jurídica ya que tal como precisa Dorssemot: *“Es difícil aceptar que los propios representantes deben adivinar el carácter confidencial de las informaciones que les hayan sido comunicadas”*<sup>103</sup>.

## CONCLUSIÓN

La SE ha sido una de las proposiciones más ambiciosas del legislador comunitario para facilitar la realización de fusiones transfronterizas y el pleno ejercicio del derecho de establecimiento. En sus primeras propuestas, de marcado carácter alemán, se pretendía establecer un auténtico cuerpo jurídico y además la SE gozaba de un estatuto supranacional, de tal forma que era completamente independiente de los ordenamientos nacionales. En definitiva, era una propuesta marcadamente revolucionaria que suscitaba grandes objeciones por parte de los Estados Miembros y estaba condenada al fracaso.

La solución para superar el bloqueo total fue la búsqueda de compromisos políticos. No obstante, medida que se iba avanzando y logrando más acuerdos se vaciaba el contenido jurídico de la propuesta.

Tras un proceso de 40 años si no se lograba la aprobación definitiva, ciertamente la SE estaría condenada al fracaso. Al final la solución definitiva fue el establecimiento de remisiones al derecho nacional de los Estados Miembros, con la consiguiente pérdida del carácter comunitario de la SE.

El Reglamento de la SE aportará indudables ventajas económicas y como se reflejó en el informe “Ciampi” la SE permitiría a las empresas pequeñas, medianas y grandes desarrollar sus actividades en el conjunto de la Unión, mejorar sus economías de escala, aumentar la flexibilidad y rapidez del proceso decisonal sin tener que recurrir a una red compleja y costosa de filiales sometidas a los ordenamientos de diversos Estados Miembros. La SE podría operar en la Unión como una única persona jurídica, gestionar sus actividades a escala europea y funcionar a través de sucursales que son estructuras más ligeras y menos costosas que las filiales. El informe estimaba unos ahorros potenciales del orden de 30 millardos de Ecus al año.

Tal y como afirma Blanquet<sup>104</sup>, la SE permitirá a los grupos de sociedades que se hayan desarrollado en los diversos Estados Miembros actividades en sectores diferentes reestructurarse creando una SE por sector geográfico, una SE por sector de actividad, una SE por línea de productos.

La SE también ofrecerá, tal como ha indicado la Comisión, a las empresas una especie bandera europea (*“drapeau européen”*) que supondrá una importante ventaja publicitaria y permitirá levantar el obstáculo psicológico ligado al cambio de nacionalidad.

---

<sup>103</sup> Dorssemot Filip, op. cit. pág. 39.

<sup>104</sup> Blanquet. op. cit. pág. 79.

Por otra parte, muchas empresas como IBM, BP, Airbus y recientemente Arcelor<sup>105</sup> ya han demostrado un cierto interés por la SE.

En el ámbito jurídico podemos destacar la posibilidad de realizar fusiones transfronterizas, pero limitado al supuesto de sociedades anónimas, y la posibilidad de realizar el traslado de sede transnacional. Ambas aportan soluciones para superar el bloqueo de las propuestas de Directivas Décima sobre fusiones transfronterizas y Decimocuarta relativa al traslado del domicilio social entre diversos Estados Miembros.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista el Reglamento presenta más inconvenientes que ventajas en el plano jurídico: El modelo de sede real, la cláusula de competencia judicial en lo referente al traslado de domicilio social, la muy limitada libertad estatutaria. Sería conveniente modificar estas disposiciones a través procedimiento de revisión por parte de la Comisión previsto en el artículo 69 del Reglamento.

Otra cuestión importante es elevado coste que supone la creación de la SE, lo cual dificultará enormemente la utilización de la SE por parte de las PYMES. En este sentido, la cifra de 120.000 euros de capital mínimo nos parece muy elevada y el complicado régimen de gestión de la SE no parece muy adecuado para éstas.

Como acertadamente ha resaltado la mayor parte de la doctrina, es necesario dotar a las PYMES de un instrumento jurídico propio al estilo de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, de mayor flexibilidad y que permita una mayor autonomía de las partes. En este sentido sería conveniente aprobar el proyecto de la Sociedad Privada Europea elaborado por la Cámara de Comercio de París.

Sin duda la mayor incertidumbre de la SE es el régimen de remisiones al derecho nacional del Estado Miembro del domicilio social. Con tantas remisiones se establece una regulación demasiado compleja y además la SE renuncia por completo a su carácter supranacional, de tal forma que parece más bien una sociedad anónima nacional de carácter europeo. Este régimen de remisiones puede desencadenar el fenómeno de "*forum shopping*" a escala europea, y una enorme falta de seguridad jurídica.

El reglamento de la SE supone un gran avance, y gracias a su aprobación el legislador comunitario ha encontrado las fuerzas necesarias para iniciar la modernización del Derecho Europeo de Sociedades.

No obstante, el contenido jurídico del Reglamento presenta muchas imperfecciones y no se han cumplido las enormes expectativas que había generado el "*buque insignia*" del Derecho Europeo de Sociedades.

En definitiva, su utilidad práctica estará determinada en gran medida por su capacidad de atracción de la clase empresarial y la posibilidad de que en el futuro con la aprobación de las Directivas Décima y Decimocuarta ya no sea necesario acudir a la SE para disfrutar plenamente de la libertad de establecimiento.

---

<sup>105</sup> Vid. Anexo.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Afschrift Thierry, "Las Directivas de armonización de los impuestos directos y sus medidas antievasión fiscal", Noticias de la Unión Europea, CISS Praxis, N° 208 Mayo 2002, págs. 9 y ss.
- Blanc Gérard, "La société européenne: la pluralité de rattachements en question (à propos du règlement CE n° 2157/2001 du 8 octobre 2001)", Le Dalloz, 2002 año 178 2° cuaderno (azul) n° 12 /7065 (Marzo), págs. 1052 y ss.
- Blanquet Françoise, "Enfin la société européenne, la SE", Revue du Droit de l' Union Européene, Editions Clément Juglar, 1-2001, pág. 65 y ss.
- Centro Europeo de Información Empresarial (Cámara de Comercio e Industria de Madrid), "Estatuto de la Sociedad Anónima Europea", Comunidad Europea, Editorial Aranzadi, Año XXVIII N° 12, Diciembre 2001, pág. 46 y ss.
- De Vendeuil Sylvie y Puel Frédéric, "La société européenne: risque de tempête procédurale ?", La Semaine juridique entreprise et affaires 2001, N° 41 11 Octubre, pág. 1612 y ss.
- Deakin Simon, "Regulatory Competition versus Harmonisation in European Company Law, Working Paper N° 163 (Marzo 2000), ESCR Centre for Business Research, University of Cambridge.
- Esteban Velasco Gaudencio, "El compromiso de Niza: Por fin la sociedad europea", RdS, Editorial Aranzadi, 2001-1, pág. 141 y ss. "Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea", Revista de Estudios Europeos, Instituto de Estudios Europeos (Universidad de Valladolid), N° 29 Sep-Dic 2001, págs 65 y ss.
- "European Company Statue adopted", European Industrial Relations Review, 2002 N° 336 (Enero), pags. 21 y ss.
- Fernández de Córdoba Iñigo, "El futuro del Derecho de Sociedades en Europa: a propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea", Diario la Ley, N° 5645, 22 de Enero de 2002.
- Fernández de la Gándara Luis y Calvo Caravaca Alfonso L., Derecho Mercantil Internacional: Estudios sobre Derecho Comunitario y del Comercio Internacional, Segunda Edición, Editorial Tecnos.
- Fouassier Christophe, "Le statut de la Société Européenne: Un nouvel instrument juridique au service des entreprises", Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne, 2001 n° 445, pág 85 y ss.
- Garcimartín Alférez Francisco J., "El Reglamento de la Sociedad Europea: Una primera lectura", Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia, N° 217 Enero /Febrero 2002, pág. 7 y ss. "El traslado de domicilio social: una visión facilitadora", RdS, 2001-1, pág. 107 y ss. "La sentencia Centros : el status quaestionis un año después", Noticias de la Unión Europea, CISS Praxis, N° 195 (Abril 2001), pags. 79 y ss. "La Sitztheorie es incompatible con el Tratado CE : Algunas cuestiones de Derecho Internacional de sociedades iluminadas por la Sentencia TJCE de 9 de Marzo de 1999", Revista de Derecho Mercantil, 1999, pags. 645 y ss.



- Gómez Calero Juan, *Las Agrupaciones de Interés Económico. Las Uniones Temporales de Empresa*, Tratado de Derecho Mercantil Tomo XVIII, Marcial Pons Derecho (2001), pág. 296 y 297.
- Hopt Klaus, "Le gouvernement d'entreprise: expériences allemandes et européens", *Revue des Sociétés*, Dalloz (2001), V. 119 n° 1, pag. 2 y ss.
- Huet Natalie, "Des nouvelles propositions pour un statut de société européenne", *Revue pratique des sociétés*, 2000 V. 99 n° 2, pág. 109 y ss.
- Joris Jean – Louis, "Will the European company work?", *International Financial Law Review*, 2002 V.21 N° 2 (Febrero), págs. 19 y ss. "EU awaits the birth of the European company", *International Financial Law Review*, 2001 V.20 N° 7 (Julio), págs. 15 y ss.
- Lanoo K., "A European perspective on Corporate Governance", *Journal of Common Market Studies*, Blackwell Publishers, 1999 V. 37 n° 2 pag. 269 y ss.
- Lecourt Benoît, *L'influence du Droit Communautaire sur la constitution de groupements*, Bibliothèque de Droit Privé, LGDJ, 2000
- Menjucq Michel, "La société européenne: enfin l' aboutissement!", *Le Dalloz*, 2001 N° 13, pág. 1085 y ss. "La mobilité des entreprises", *Revue des sociétés*, 2001 V. 119 n° 2, pág. 210 y ss.
- Morgan de Rivery Eric y Stockford Claire, "La société européenne ( The European Company)", *Revue de Droit des affaires internationales ( International Business Law Journal)*, 2001 N° 6, pág. 711 y ss.
- Rebérioux Antoine, "European Style of Corporate Governance at the Crossroads: The Role of Worker Involvement", *Journal of Common Market Studies*, Blackwell Publishers, 2002 V. 40 n° 1, pags. 111 y ss.
- Schulz Andreas y Eicker Klaus, "The European Company Statute- the German view", *Intertax*, V. 29 N° 10, Kluwer Law International (2001), pág. 332 y ss.
- Siems Mathias, "Convergence, competition, Centros and conflicts of law: European company law in the 21st century", *European Law Review*, Sweet & Maxwell, 2002 V 27 N°1 Febrero, págs. 47 y ss.
- Storck Jean–Patrice, Meyer Francis, Pichot Evelyne..., "La société européenne", *Les Petites affiches: La Loi*, 2002 V. 391 n° 76, 16 Abril, págs 3 y ss.
- Uría Rodrigo, *Derecho Mercantil*, Vigésimo quinta edición, Marcial Pons 1998.
- Wouters Jan, "European Company Law : Quo Vadis?", *Common Market Law Review*, V. 37 n° II (Abril 2000), Kluwer Law International, pág. 257 y ss.
- Wymeersch Eddy, "Company Law in Europe and European Company Law", Working Paper 2001-06 Abril 2001, Financial Law Institute, Universiteit Gent.

## BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Deseo recibir gratuitamente los dos próximos números de los Documentos de Trabajo de la Serie Unión Europea del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU.

Nombre y Apellidos.....

Dirección.....

Población..... C.P. ....

País..... Teléfono.....

Correo electrónico.....

### INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS

Universidad San Pablo-CEU  
Julián Romea, 22 - 28003 Madrid

E-mail: [idee@ceu.es](mailto:idee@ceu.es)

Tfno: 91 514 04 22

Fax: 91 514 04 28

[www.ceu.es/idee](http://www.ceu.es/idee)



POLO EUROPEO JEAN MONNET  
JEAN MONNET EUROPEAN CENTRE OF EXCELLENCE

## PETICIÓN DE NÚMEROS ATRASADOS

Nombre y Apellidos.....

Dirección.....

Población..... C.P. ....

País..... Teléfono.....

Correo electrónico.....

Deseo recibir los siguientes Documentos de Trabajo de la Serie Unión Europea del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU:

Nº .....

Títulos .....

.....

.....

.....

### INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS

Universidad San Pablo-CEU  
Julián Romea, 22 - 28003 Madrid  
E-mail: [idee@ceu.es](mailto:idee@ceu.es)  
Tfno: 91 514 04 22  
Fax: 91 514 04 28  
[www.ceu.es/idee](http://www.ceu.es/idee)

## NÚMEROS PUBLICADOS

- Nº 1 2000 "La política monetaria única de la Unión Europea"  
*Rafael Pampillón Olmedo*
- Nº 2 2000 "Nacionalismo e integración"  
*Leonardo Caruana de las Cagigas y Eduardo González Calleja*
- Nº 1 2001 "Standard and Harmonize: Tax Arbitrage"  
*Nohemi Boal Velasco y Mariano González Sánchez*
- Nº 2 2001 "Alemania y la ampliación al este: convergencias y divergencias"  
*José María Beneyto Pérez*
- Nº 3 2001 "Towards a common European diplomacy? Analysis of the European Parliament resolution on establishing a common diplomacy (A5-0210/2000)"  
*Belén Becerril Atienza y Gerardo Galeote Quecedo*
- Nº 4 2001 "La Política de Inmigración en la Unión Europea"  
*Patricia Argerey Vilar*
- Nº 1 2002 "ALCA: Adiós al modelo de integración europea?"  
*Mario Jaramillo Contreras*
- Nº 2 2002 "La crisis de Oriente Medio: Palestina"  
*Leonardo Caruana de las Cagigas*
- Nº 3 2002 "El establecimiento de una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros"  
*José María Beneyto y Klaus Giering*

## **CONSEJO ASESOR**

### **INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS**

ÍÑIGO CAVERO LATAILLADE, *PRESIDENTE*

ESPERANZA AGUIRRE GIL DE BIEDMA

FERNANDO ÁLVAREZ DE MIRANDA

JOACHIM BITTERLICH

JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO

GUILLERMO DE LA DEHESA

FRANCISCO FONSECA MORILLO

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

PABLO ISLA

JOSÉ LUIS LEAL MALDONADO

ARACELI MANGAS MARTÍN

MANUEL PIZARRO

MATÍAS RODRÍGUEZ INCIARTE

JUAN ROSELL LASTORTRAS

PHILIPPE DE SCHOUTHEETE DE TERVARENT

JOSÉ VIDAL BENEYTO

XAVIER VIDAL FOLCH

GUSTAVO VILLAPALOS

### **INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS**

PRESIDENTE

MARCELINO OREJA AGUIRRE

DIRECTOR

JOSÉ MARÍA BENEYTO PÉREZ

SECRETARIO

FRANCISCO CONDE LÓPEZ

