



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

TESIS DOCTORAL

Programa de Doctorado

“El Derecho frente a los retos del siglo XXI – (Interdepartamental)”

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA
SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA DOMICILIADA EN
ESPAÑA

María Luisa Pico Gómez

2012

Tesis doctoral presentada por María Luisa Pico Gómez con la finalidad de obtener el Grado de Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo, siendo dirigida por la Dra. D^a. María Isabel Huerta Viesca, Catedrática de Derecho Mercantil E.U. de la Universidad de Oviedo.

Sumario

	<u>Página</u>
Abreviaturas.....	9
Introducción.....	11

CAPÍTULO PRIMERO

GESTACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

I. Introducción.....	21
II. Evolución histórica.....	24
1. Conferencia pronunciada por el profesor Pieter Sanders, el 22 de octubre de 1959, en el Instituto de Estudios Económicos de Rotterdam.....	26
2. Congreso internacional para la creación de una sociedad de tipo europeo, promovido por el Colegio de Abogados de París.....	31
3. Nota del Gobierno francés sobre la creación de una sociedad de tipo europeo.....	34
4. Memorándum de la Comisión de la Comunidad Económica Europea sobre la creación de una sociedad comercial europea.....	35
5. El Proyecto Sanders.....	37
6. El Congreso de Deauville.....	37
7. Informe del grupo de trabajo intergubernativo para la Sociedad Europea.....	39
8. Nota de la Comisión sobre el Proyecto Sanders.....	42
9. Consideraciones finales.....	42
III. Proyectos de estatutos de Sociedad Anónima Europea que precedieron al Reglamento (CE) nº 2157/2001.....	45
1. Proyecto de estatuto de 1970.....	45
A.. Informe del Comité Económico y Social.....	52
B. Informe del Parlamento Europeo.....	53
2. Proyecto de estatuto de 1975.....	55
3. Relanzamiento del proyecto de estatuto de Sociedad Anónima Europea.....	59
A. El Libro Blanco de la Comisión.....	61
B. Memorándum de la Comisión.....	62
4. Proyecto de estatuto de 1989.....	67
A. Dictamen del Comité Económico y Social.....	73
B. Dictamen del Parlamento Europeo.....	75
5. Proyecto de estatuto de 1991.....	78

IV. La oposición de varios Estados miembros: segundo bloqueo del proyecto de estatuto de Sociedad Anónima Europea.....	84
1. El papel de la industria en el proceso de revitalización del proyecto de estatuto de la Sociedad Anónima Europea.....	85
A. El Informe <i>Ciampi</i>	86
2. Régimen multiforme de implicación de los trabajadores. El informe <i>Davignon</i>	87
A. La fórmula antes-después.....	88
V. Fin del bloqueo. El compromiso político de Niza.....	89
1. El Consejo europeo de Niza.....	90
2. La aprobación del estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva que regula la implicación de los trabajadores.....	93

CAPITULO SEGUNDO

EL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES: LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO Y LA CREACIÓN DE NUEVOS TIPOS SOCIETARIOS

I. El Derecho europeo de sociedades.....	95
1. La armonización comunitaria en el Derecho europeo de sociedades.....	98
2. La creación de tipos societarios europeos.....	106
3. Hacia una nueva orientación del Derecho europeo de sociedades. El informe <i>Winter</i>	110
4. El plan de acción de la Comisión para la modernización del Derecho europeo de sociedades.....	112
II. El Estatuto de la Sociedad Anónima Europea aprobado por el Reglamento (CE) N° 2157/2001 de 8 de octubre de 2001.....	113
1. Consideraciones previas.....	115
2. Base jurídica del Reglamento y de la Directiva.....	120
3. Motivos que impulsaron a la creación de la Sociedad Anónima Europea: evolución.....	121
4. Influencia de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en la creación de la Sociedad Anónima Europea: motivos por los que fracasaron los anteriores proyectos.....	126
5. Naturaleza y funciones de la Sociedad Anónima Europea.....	131
6. Características generales de la Sociedad Anónima Europea.....	132
A. Evolución histórica de las características de la Sociedad Anónima Europea.....	133
B. Características generales comunes de la Sociedad Anónima Europea.....	134
a. Sociedad multinacional europea.....	137
b. Sociedad sometida a un régimen jurídico mixto (Derecho europeo/Derecho nacional).....	140
c. Sociedad sometida a normas de carácter imperativo. El papel de la autonomía privada.....	141
d. Sociedad con diversidad de modelos y cláusulas de salvaguardia.....	144

e. Sociedad Anónima. Valoración de la forma.....	145
f. La mercantilidad y unipersonalidad de la Sociedad Anónima Europea.....	150
g. Sociedad con implicación de los trabajadores.....	152
7. El sistema de fuentes en el Reglamento de la Sociedad Anónima Europea.....	154
A. Ámbitos no cubiertos.....	157
B. Materias reguladas por el Reglamento de la Sociedad Anónima Europea.....	159
C. Materias no reguladas por el Reglamento de la Sociedad Anónima Europea.....	160
a. Remisión general.....	160
b. Remisiones especiales.....	161
D. La autonomía privada. El papel autorregulador de los estatutos.....	162
E. Recursos para la integración de las lagunas legislativas del Reglamento de la Sociedad Anónima Europea.....	163
F. Problemas de aplicación e interpretación motivados por el sistema de fuentes del Reglamento de la Sociedad Anónima Europea.....	165
G. La incidencia de la normativa nacional en el régimen jurídico de la Sociedad Anónima Europea.....	166
8. Valoración doctrinal.....	167
9. El futuro de la Sociedad Anónima Europea.....	170
10. Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación práctica del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.....	175
11. Consideraciones finales.....	179

CAPÍTULO TERCERO

LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA

I. La Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España.....	181
II. El Real Decreto 659/2007, de 25 de mayo, por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, para su adaptación a las disposiciones de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España.....	192
III. Régimen jurídico aplicable a las Sociedades Anónimas Europeas domiciliadas en España.....	196

CAPÍTULO CUARTO

LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA

I. Consideraciones previas.....	203
---------------------------------	-----

II. Sistemas de administración. La posibilidad de opción: artículo 38 del Reglamento (CE) nº 2157/2001, del Consejo de 8 de octubre de 2001 y artículo 476 de la Ley de Sociedades de Capital.....	205
--	-----

SECCIÓN PRIMERA

EL SISTEMA DUAL

I. Consideraciones previas.....	213
II. El sistema dual en la legislación española.....	213
III. El órgano de dirección.....	216
1. Composición y organización.....	218
2. La delegación de facultades de gestión.....	222
3. Representación de la sociedad (delegación).....	230
4. El Comité de auditoría de las Sociedades Anónimas Europeas cotizadas.....	233
5. Nombramiento y revocación de los miembros del órgano de dirección.....	236
6. Funciones y competencias del órgano de dirección.....	242
A. La gestión de la sociedad.....	244
B. La representación de la sociedad.....	246
7. Funcionamiento y remuneración.....	251
IV. El órgano de control.....	254
1. Composición y organización.....	256
2. Nombramiento y revocación de los miembros del órgano de control.....	260
3. Funciones y competencias del órgano de control.....	263
A. Vigilancia de la gestión.....	263
B. Facultades de información.....	266
a. Derecho a recibir información.....	266
b. Derecho a solicitar información.....	269
C. Facultades de consulta.....	270
D. Facultades de examen y revisión.....	270
E. Facultades de autorización de operaciones determinadas.....	270
F. Otras facultades.....	271
4. Conflictos de competencias.....	273
A. Delimitación de competencias entre el órgano de control y la Junta general.....	273
B. Delimitación de competencias entre el órgano de control y el órgano de dirección.....	278
5. Organización y funcionamiento.....	280
6. Remuneración.....	283

SECCIÓN SEGUNDA

EL SISTEMA MONISTA

I. Consideraciones previas.....	287
II. El órgano de administración.....	293
1. Composición y organización.....	294
2. La delegación de facultades.....	300
3. Representación de la sociedad (delegación).....	309
4. Nombramiento y revocación de los miembros del órgano de administración.....	311
5. Funciones y competencias del órgano de administración.....	318
6. Funcionamiento del Consejo de administración.....	325
7. Remuneración.....	334

SECCIÓN TERCERA

DISPOSICIONES COMUNES A AMBOS SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN

I. Consideraciones previas.....	339
II. Aspectos relativos al nombramiento de los miembros de los órganos de la Sociedad Anónima Europea. Nombramientos especiales.....	339
1. La persona jurídica miembro de los órganos de la Sociedad Anónima Europea.....	340
A. Requisitos del nombramiento, aceptación y otras cuestiones relativas a su estatuto.....	346
B. Designación y régimen de la persona física representante.....	347
2. Requisitos exigidos para el nombramiento de los miembros de los órganos.....	351
A. Requisitos negativos o prohibiciones.....	352
B. Requisitos positivos o condiciones particulares.....	358
3. Nombramientos especiales.....	362
A. La representación proporcional. Efectos de su aplicación a las Sociedades Anónimas Europeas domiciliadas en España.....	365
B. Cooptación. Efectos de su aplicación a las Sociedades Anónimas Europeas domiciliadas en España.....	369
4. Incidencia del artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007 en la composición de los órganos de administración de las Sociedades Anónimas Europeas domiciliadas en España.....	373
III. Duración del cargo de los miembros de los órganos de la Sociedad Anónima Europea.....	379
1. Plazo del nombramiento.....	379
2. Reelección.....	383
IV. Operaciones sujetas a autorización previa.....	385
1. Regulación en los anteriores proyectos de estatuto de la Sociedad Anónima Europea.....	386

2. Regulación en el Reglamento de estatuto de la Sociedad Anónima Europea: artículo 48.....	387
3. Regulación en la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España.....	388
4. Determinación de las operaciones sujetas a autorización: límites.....	389
A. Operaciones determinadas por disposición estatutaria.....	391
B. Operaciones determinadas por el órgano de control.....	392
C. Operaciones determinadas por la Ley nacional.....	394
5. Efectos de la falta de autorización o decisión expresa.....	395
V. Funcionamiento de los órganos colegiados.....	398
1. Reuniones de los órganos: convocatoria.....	402
2. Constitución: quórum y representación.....	405
3. Adopción de acuerdos.....	406
4. Voto de calidad del Presidente.....	408
VI. Los deberes de los miembros de los órganos. El deber de secreto.....	409
1. Excepciones al deber de secreto.....	419
VII. Responsabilidad de los miembros de los órganos.....	421
1. Régimen de responsabilidad contenido en el Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001: cláusula general.....	423
2. Disposiciones de la legislación española que integran el régimen de responsabilidad aplicable a los miembros de los órganos de las Sociedades Anónimas Europeas domiciliadas en España.....	432
A. Sujetos responsables.....	442
B. Acción social de responsabilidad.....	444
C. Acción individual de responsabilidad.....	452
3. Supuestos especiales.....	458
A. El artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital.....	459
a. Responsabilidad por no promover la disolución de la Sociedad Anónima Europea.....	462
b. Responsabilidad por no solicitar el concurso de la Sociedad Anónima Europea.....	467
c. Obligados a convocar la Junta general.....	476
d. Responsables en caso de incumplimiento de las obligaciones legales impuestas por los artículos 365 a 367 de la Ley de Sociedades de Capital.....	478
e. Carácter solidario de la responsabilidad.....	482
f. Naturaleza de la responsabilidad.....	484
g. Medidas excepcionales y transitorias contenidas en los Reales Decretos Leyes 10/2008, de 12 de diciembre, 5/2010, de 31 de mayo y 2/2012, de 3 de febrero.....	486
h. Modificación del artículo 36.1.c) del Código de Comercio. Variación del concepto de patrimonio neto a efectos de la disolución obligatoria por pérdidas.....	490
B. El artículo 360.1.b) de la Ley de Sociedades de Capital.....	490
C. El artículo 172 bis de la Ley Concursal.....	491
4. El seguro de responsabilidad civil de los administradores.....	502

VIII. Impugnación de los acuerdos adoptados por los órganos de Administración de las Sociedades Anónimas Europeas domiciliadas en España.....	504
---	-----

CAPÍTULO QUINTO

LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

I. Introducción.....	509
II. Antecedentes históricos.....	511
III. La Directiva 2001/86/CE, del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se complementa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que se refiere a la implicación de los trabajadores: estructura normativa.....	516
IV. La Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas: estructura normativa.....	519
V. La negociación entre las partes involucradas: eje central del sistema de implicación.....	522
VI. El procedimiento de negociación.....	525
1. Las partes del proceso negociador.....	527
A. La Comisión Negociadora.....	529
a. Composición de la Comisión Negociadora. El cómputo del número de trabajadores.....	530
b. La elección o designación de los miembros de la Comisión Negociadora.....	532
2. Inicio del procedimiento.....	534
3. Desarrollo de las negociaciones.....	536
A. Duración.....	537
B. Régimen de funcionamiento de la Comisión Negociadora: reglas de votación.....	538
C. Normas de confidencialidad y reserva.....	540
D. Gastos.....	542
E. Protección de los representantes de los trabajadores.....	542
4. Fin del proceso: el contenido del acuerdo.....	544
VII. Las disposiciones nacionales de referencia.....	549
1. Composición del órgano de representación de los trabajadores.....	552
2. Disposiciones de referencia sobre información y consulta.....	554
3. Disposiciones de referencia sobre los derechos de participación de los trabajadores.....	558
VIII. La participación de los trabajadores en los órganos de administración o control de la Sociedad Anónima Europea.....	562

IX. Disposiciones varias.....	567
1. Uso indebido de los procedimientos. Fraude de Ley.....	568
2. Cumplimiento de la normativa.....	569
A. Procedimientos judiciales.....	570
B. Infracciones y sanciones.....	574
3. Relación de la Directiva con otras disposiciones.....	576
CONCLUSIONES.....	579
Bibliografía.....	593
Páginas web consultadas.....	625
Índice de Sentencias y Resoluciones.....	629

Abreviaturas

AEIE	Agrupación Europea de interés económico
BOE	Boletín Oficial del Estado
Bol.	Boletín
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CC	Código Civil
C.Com.	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
cit.	citado
COREPER	Comité de Representantes Permanentes
CN	Comisión Negociadora
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
DITSE	Directiva de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ECOFIN	Consejo de Economía y Finanzas de la Unión Europea
EEE	Espacio Económico Europeo
EEUU	Estados Unidos de América
ET	Estatuto de los Trabajadores
JOCE	<i>Journal officiel des Communautés Européennes</i>
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical
OPA/s	Oferta pública de adquisición de acciones/Ofertas públicas de adquisición de acciones
pág./págs.	página/páginas
p. ej.	por ejemplo
PYMES	pequeñas y medianas empresas
RAEIE	Reglamento de la Agrupación Europea de Interés Económico
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado
RESE	Reglamento del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea
RJ	Referencia jurídica
SCE	Sociedad Cooperativa Europea
SE	Sociedad (Anónima) Europea
SLIM	<i>Simpler Legislation for the Internal Market</i>
ss.	siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TRLSA	Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
v.gr.	<i>verbi gratia</i>

INTRODUCCIÓN

Con la aprobación del Reglamento 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, sobre la Sociedad Anónima Europea (en adelante RESE)¹ y de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se complementa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea (en adelante SE) en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (en adelante DITSE)² se ha puesto fin a un largo proceso legislativo que ha durado más de treinta años, puesto que aunque el primer proyecto de estatuto de SE data del año 1970, lo cierto es que ya en 1959, y casi simultáneamente, se sugirió la idea de la SE por Thibierge en el Congreso de Notarios de Tours³ y por Pieter Sanders en el discurso de inauguración del curso del Instituto de Estudios Económicos de la Universidad de Rotterdam⁴.

El 25 de marzo de 1957, se firmó el Tratado de Roma⁵ y se creó la Comunidad Económica Europea (en adelante CEE). En dicho Tratado se establecía como misión de la Comunidad la de promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una mayor estabilidad, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la formaban, mediante el establecimiento de un Mercado Común y por medio de la aproximación progresiva de las políticas económicas de los Estados miembros⁶. Por lo tanto, una de las principales finalidades de la CEE consistía en lograr una verdadera integración económica de los Estados miembros que permitiera a los operadores económicos actuar en el territorio comunitario como si se tratara de un mercado nacional⁷.

¹ DOCE, L 294, de 10 de noviembre de 2001.

² DOCE, L 294, de 10 de noviembre de 2001.

³ THIBIERGE, C., “Le statut des sociétés étrangères”, en *Le statut d'étranger et le Marché Commun*, Tours, 1959, publicación elaborada con ocasión del 57 Congreso del Notariado francés.

⁴ El discurso de SANDERS, P., “Vers une société anonyme européenne?” fue publicado en *Rivista della società*, 1959, págs. 1163-1176.

⁵ El Tratado de Roma se firmó el 25 de marzo de 1957 en la Sala de los Horacios y Curiacios del Palacio del Campidoglio, sede de la municipalidad romana, por Bélgica, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo y la República Federal de Alemania, y entró en vigor el 1 de enero de 1958.

⁶ Según lo establecido en el artículo 2 del Tratado de Roma: “la Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un Mercado Común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran”.

Tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las Sociedades Anónimas. Derecho Europeo y Reforma del Derecho Español*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 338-339, “...pese a la distinción en el artículo 2 entre Mercado Común y aproximación progresiva de las políticas económicas de los Estados miembros, la construcción de una entidad económica funcionando como un mercado nacional implica no sólo la adopción de una serie de medidas, previstas por el propio Tratado, que afectan a la libre circulación de mercancías, personas (trabajadores y libertad de establecimiento), de prestación de servicios y capitales, y la promoción de una competencia no falseada, sino también la coordinación de las políticas económicas nacionales en cuanto, como ha demostrado la evolución de las relaciones económicas, constituye un elemento complementario del funcionamiento del Mercado Común”.

⁷ El Tratado de Roma preveía una unión en tres fases: en la primera se trataba de conseguir la unión aduanera mediante la eliminación progresiva de las barreras arancelarias y fiscales; en la segunda la unión económica que permitiría la libre circulación de todos los factores de la producción entre los Estados miembros; y en la tercera la unión política que, aunque era una hermosa aspiración y fue claramente propuesta por los padres de la CEE (Jean Monnet lo sintetizaba con claridad: “no nos limitamos a agrupar Estados, sino que estamos unificando los pueblos”), se veía tan lejana que resultaba difuminada en el artículo 3º del Tratado. TAMAMES GÓMEZ, R., “El camino”, *La Aventura de la Historia*, número 101, pág. 96.

En definitiva, el Tratado de Roma tenía como uno de sus objetivos la creación de un Mercado Común.

Ahora bien, para la consecución del Mercado Común, al que hace referencia el Tratado de Roma, o Mercado Interior, como se denomina en el Acta Única Europea, no basta con una mera unión aduanera; la libre circulación de mercancías y de capitales no es suficiente; es necesario que tanto las personas físicas como jurídicas puedan establecerse, trabajar y prestar servicios en el territorio comunitario. Se impone, por tanto, la supresión de las barreras nacionales que impidan la libre circulación de mercancías, personas (físicas y jurídicas), servicios y capitales (las llamadas libertades fundamentales)⁸. La historia de las Comunidades Europeas ha sido, en gran medida, la de la profundización de estas libertades a impulsos no sólo de lo que estrictamente podemos considerar como Derecho comunitario, sino también, de la jurisprudencia del TJCE⁹.

El problema se suscita en relación con las personas jurídicas y la libertad de establecimiento¹⁰ y movilidad de las mismas dentro del territorio comunitario, puesto que no se debe olvidar, por una parte, que las personas jurídicas deben su existencia a la regulación y reconocimiento que les otorgan los distintos ordenamientos jurídicos de cada Estado que, obviamente, utilizan a estos efectos diversidad de criterios¹¹ y por otra parte, que desde el punto de vista económico el peso específico del sector empresarial motiva las reticencias liberalizadoras de los Estados por miedo a que se origine un proceso de deslocalización con los efectos negativos que para cualquier economía nacional puede acarrear un posible desmantelamiento de su tejido industrial que conlleva, además, una reducción de los ingresos obtenidos por vía fiscal¹².

⁸ Así, en el artículo 3.1.c) del TCEE, se recogía:

“1. Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previsto en el presente Tratado: ...

c) un Mercado Interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales;...”

Tal y como señala PÉREZ ESCOLAR, R., “El Estatuto de la Sociedad anónima europea”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 118, octubre-diciembre 1970, pág. 629, el artículo 3 del Tratado “atribuye a la Comunidad la misión de abolir los obstáculos a la libre circulación de las personas, los servicios y los capitales (letra c); postula la instauración de un régimen destinado a garantizar que la competencia no sea falseada en el Mercado Común (letra f), y reclama el acercamiento de las legislaciones nacionales en la medida necesaria al funcionamiento del Mercado. Y es también indudable que el artículo 52 del Convenio (referido a la progresiva supresión de las restricciones en orden a la libertad de establecimientos y creación de filiales) necesita para su correcta aplicación y desenvolvimiento la instrumentación de un ente social europeo”.

⁹ VELASCO SAN PEDRO, L. A. y SÁNCHEZ FELIPE, J. M., “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 19, 2002, pág. 15.

¹⁰ GAVALDA CH. y PARLEANI, G., *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, Paris, 1995, págs. 99-101, definen la libertad de establecimiento como el “derecho subjetivo reconocido a los nacionales en los Estados miembros que consiste en el acceso a actividades económicas independientes en el territorio de otros Estados miembros, mediante la fijación de una instalación o sede física-económica en otro Estado miembro”.

¹¹ En relación con esta materia puede consultarse GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “Derecho de sociedades y conflictos de leyes: la determinación de la *lex societatis* y su ámbito de aplicación”, *Novedades legislativas en materia de sociedades*, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 69-176; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 28, 2007-1, págs. 59-100.

¹² Desde una óptica fiscal a nadie escapa que la tributación va a ser un elemento decisivo a la hora de planificar la estrategia empresarial de las sociedades en el ámbito europeo e internacional, afectando a su decisión de establecerse en un concreto Estado y, en consecuencia, incidiendo igualmente en su interés en modificar su domicilio social. PALAO MORENO, G., *El traslado del domicilio social de la Sociedad Anónima Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 21.

A escala nacional cabe recordar, en relación con esta materia, la problemática surgida en nuestro país como consecuencia de los beneficios fiscales concedidos en el País Vasco para la implantación de nuevas

Por los motivos indicados en el párrafo precedente, los redactores del Tratado de Roma abordaron la libertad de establecimiento de las personas jurídicas con menos generosidad que la mostrada en relación con las personas físicas y, en todo caso, de un modo ambiguo, hasta el extremo de que en temas tan importantes como son el reconocimiento recíproco de sociedades, el mantenimiento de la personalidad en caso de traslado de sede a otro Estado miembro¹³ y las fusiones transfronterizas¹⁴, el TCEE se limitó a remitir su solución a ulteriores negociaciones entre los Estados miembros¹⁵. De manera complementaria, y con el claro planteamiento de reducir la señalada diversidad legislativa, el TCEE estableció como función del Consejo y de la Comisión la tarea de coordinar las garantías exigidas por los Estados miembros a las sociedades a fin de proteger los intereses de socios y terceros¹⁶.

empresas en su territorio. Pueden consultarse, en relación con las medidas fiscales de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica adoptadas por las instituciones autónomas vascas en 1993, las conclusiones del abogado general Sr. Antonio Saggio en los asuntos acumulados C-400/97, C-401/97 y C-402/97, en la pág. web: <http://www.curia.eu.int>.

¹³ En relación con el cambio de sede social de un Estado miembro a otro se derivan problemas tanto de índole fiscal como de estricto Derecho de sociedades. En efecto, el cambio de sede de un Estado a otro sin que la sociedad pierda su personalidad no es normalmente posible según las disposiciones de las leyes de sociedades de los Estados miembros, en los cuales, para realizar esta operación, es necesario disolver previamente la sociedad. De ello deriva, a su vez, un problema fiscal consistente en que la operación queda gravada por dos conceptos: la disolución y liquidación de la sociedad y la nueva constitución; además, las legislaciones fiscales, en uno y otro caso, son de distintos países. Véase ZURITA Y SÁENZ DE NAVARRETE, J., “La integración económica en la CEE y el acceso a la Sociedad Anónima Europea”, *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*, GIRÓN TENA, J. (director), Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1978, págs. 34-35.

¹⁴ En efecto, ciertas operaciones de reestructuración empresarial, operaciones que afectan al propio estatuto societario, encuentran algunas dificultades. Una sociedad española, por ejemplo, puede vender sus productos, prestar sus servicios, o abrir un establecimiento en Alemania, pero va a encontrar ciertas dificultades para trasladarse a Alemania y transformarse en una sociedad alemana, o para fusionarse con una sociedad de este país. La viabilidad de estas operaciones depende de los Derechos societarios nacionales, y podemos encontrarnos con que estos Derechos no las permitan; por ejemplo, que el Derecho alemán no permita a sus sociedades fusionarse con sociedades extranjeras o no permita a las sociedades extranjeras transformarse en sociedades alemanas. Estos obstáculos jurídicos, carentes de justificación material, pueden impedir que en muchas ocasiones se efectúen importantes operaciones societarias por falta de coordinación entre los diversos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “El reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, número 217, enero-febrero 2002, pág. 8.

¹⁵ Concretamente, en el artículo 220 TCEE (293 TCE) se recogía: “los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar a favor de sus nacionales:...

- El reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 48, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes”.

¹⁶ En consecuencia, el artículo 54.3.g) TCEE (44.2.g) TCE), establecía: “... 2. El Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, en particular: ... g) coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58, para proteger los intereses de socios y terceros”.

El actual artículo 50.2.g) de la versión consolidada del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (DOUE C83 de 30 de marzo de 2010), dice: “el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, en particular: ... g) coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 54, para proteger los intereses de socios y terceros”.

El artículo 54.3.g) confería al Consejo de Ministros la misión disponiendo por medio de directivas, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Comité Económico y social y a la Asamblea, de coordinar, “a fin de hacerlas equivalentes, las garantías que son exigidas en los Estados miembros a las sociedades... para proteger los intereses tanto de los socios como de los terceros”.

Llegados a este punto, considero de interés estudiar brevemente la evolución experimentada en el tratamiento de la libertad de establecimiento de las personas jurídicas desde el tratado fundacional de la CEE¹⁷.

En el TCE se hacía referencia a la libre circulación de personas servicios y capitales¹⁸ y se recogía el derecho de establecimiento¹⁹; a mayor abundamiento, se prohibían las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro; prohibición extensiva a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales²⁰. Se consideraba como forma especialmente apropiada para el ejercicio de tales derechos la constitución de sociedades²¹, pero se puntualizaba “en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales”²². Si se reflexiona sobre el modo en que estaban configurados los derechos de establecimiento de las sociedades y personas jurídicas en el TCE²³, la regulación de tales derechos resultaba ambigua y no exenta de dificultades técnicas en su aplicación, teniendo en cuenta además la diversidad de criterios utilizados en función de los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

A mayor abundamiento, hay que tener presente que el Tratado de Roma remitió la solución relativa a la temática del reconocimiento recíproco de las sociedades, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones diferentes (fusión transfronteriza), a ulteriores negociaciones entre los Estados miembros²⁴ y que, a efectos de

¹⁷ En relación con la libertad de establecimiento recogida en los artículos 43 y 48 del TCE y con su alcance, a tenor de lo previsto en dichos artículos puede consultarse PALAO MORENO, G., *El traslado del domicilio social de la Sociedad Anónima Europea*, ya cit., págs. 38-43.

¹⁸ Concretamente el artículo 3.c) del TCE decía: “a los fines enunciados en el artículo anterior, la acción de la Comunidad llevará consigo, en las condiciones y según el ritmo previsto en el presente Tratado: ...c) la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales”.

¹⁹ En efecto, este derecho se recogía en la Tercera parte, Título III, Capítulo 2 del TCE, que contiene los artículos 43 a 48 relativos al derecho de establecimiento (actuales artículos 49 a 54 de la versión consolidada del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C83 de 30 de marzo de 2010).

²⁰ Efectivamente, el artículo 43, primer párrafo (antiguo artículo 52 del TCEE), determinaba: “en el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro” (actual artículo 49 de la versión consolidada del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C83 de 30 de marzo de 2010). Precisamente, de la redacción final de este párrafo deriva la tradicional distinción entre derecho de establecimiento primario, o a título principal, y derecho de establecimiento secundario referido, este último, a la constitución de agencias, sucursales o filiales.

²¹ Por sociedades se entienden las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo (artículo 48 TCE –actual artículo 54 de la versión consolidada del Tratado de funcionamiento de la UE, DOUE C83 de 30 de marzo de 2010–).

²² De hecho el artículo 43, segundo párrafo del TCE, determinaba: “la libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 48 (actual artículo 54 de la versión consolidada del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea) en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales” (antiguo artículo 52 del TCEE y actual artículo 49, párrafo tercero de la versión consolidada del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C83 de 30 de marzo de 2010).

²³ A tenor de lo previsto en los artículos 43, 48 y 44.2.g) del TCE (antiguos artículos 52, 58 y 54.3.g) del TCEE y actuales artículos 49, 54 y 50.2.g) de la versión consolidada del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C83 de 30 de marzo de 2010).

²⁴ Según lo dispuesto en el artículo 293 del TCE (antiguo artículo 220 del TCEE). Este artículo establecía que “los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar a favor de sus nacionales: ... el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el párrafo

alcanzar la libertad de establecimiento y, con el claro planteamiento de reducir la diversidad legislativa de los Estados miembros, encomendaba al Consejo y a la Comisión la labor de la coordinación de los distintos ordenamientos jurídicos a través de directivas con el fin de hacer equivalentes las garantías exigidas por los Estados miembros a las sociedades, para proteger los intereses de socios y terceros²⁵. Dentro de este ámbito se elaboró el Convenio de Bruselas de 29 de febrero de 1968, sobre reconocimiento de las sociedades y personas morales, que no llegó a entrar en vigor puesto que los Países Bajos no lo ratificaron²⁶.

A pesar del tiempo transcurrido desde que se inició el proceso de integración europea, puede decirse que los avances registrados en torno a la libertad de establecimiento de las personas jurídicas, aunque importantes, no son comparables con los experimentados por el resto de las libertades. Incluso la jurisprudencia²⁷, en este aspecto, ha sido discreta y poco clara, tal y como se desprende de los fallos, en cierta medida contradictorios, en los Asuntos 81/87, *Daily Mail*, de 27 de septiembre de 1988 y C-212/97, *Centros*, de 9 de marzo de 1999²⁸.

En el proceso de constitución de un Mercado Interior, en el territorio de la UE, es indudable el peso específico que ciertas personas jurídicas –me refiero a las grandes sociedades, especialmente las anónimas– tienen en el plano económico, sin olvidar por ello, el papel que las pequeñas y medianas empresas están llamadas a desempeñar en dicho mercado. Las dimensiones empresariales de estas sociedades de capital, cuya estructura organizativa y actividad productiva desborda en muchos casos las fronteras nacionales, exigen que, desde el punto de vista jurídico, se adopten las medidas pertinentes para posibilitar el funcionamiento y desarrollo de sus actividades económicas en el ámbito

segundo del artículo 48, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes...”

²⁵ Así se establecía en el artículo 44.2.g) del TCE (antiguo artículo 54.3.g) del TCEE y actual artículo 50.2.g) de la versión consolidada del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, DOUE C83 de 30 de marzo de 2010). Esta norma tiene por finalidad proteger los derechos de socios y terceros, puesto que la efectividad de establecimiento de las sociedades, al ser estos entes creados en virtud del reconocimiento otorgado por un ordenamiento jurídico (*factio iuris*), repercutirá en los derechos de socios y terceros en función de la *lex societatis* que sea de aplicación a la sociedad, fundamentalmente, en los supuestos de cambio de sede o de fusión transfronteriza que conllevaran un cambio en el Derecho aplicable a la persona jurídica.

²⁶ Lo cierto es que los Países Bajos se regían, desde 1959, por el criterio de la “incorporación” y el sistema establecido por el Convenio de Bruselas no aseguraba el reconocimiento comunitario a todas las sociedades incorporadas en este país, puesto que el criterio contrario de “sede real” era el establecido por otros Estados. A mayor abundamiento, la adhesión de Gran Bretaña a la Comunidad contribuyó a acrecentar las divergencias ya existentes, dando lugar a que el Convenio de Bruselas no fuera aplicable y a que su renegociación resultara incierta. Véase GAVALDA CH. y PARLEANI, G., *Droit des affaires de l’Union européenne*, ya cit., pág. 109.

²⁷ En relación con la incidencia de la jurisprudencia del TJCE, en supuestos de movilidad intracomunitaria de sociedades, véase PALAO MORENO, G., *El traslado del domicilio social de la Sociedad Anónima Europea*, ya cit., págs. 43-55.

²⁸ Un comentario amplio, sobre los dos Asuntos citados, puede encontrarse en VELASCO SAN PEDRO, L. A. y SANCHEZ FELIPE, J. M., “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, ya cit., págs. 26 a 29; HALBHUBER, H., “National Doctrinal Structures and European Company Law”, *Common Market Law Revue*, volume 38, number 6, December 2001, págs. 1390-1399. También, sobre esta materia, puede consultarse RODAS PAREDES, P., “La libertad de establecimiento de las personas jurídicas en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBRID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 121-139.

Igualmente, en relación con la libertad de establecimiento de las personas jurídicas, resulta interesante el comentario sobre el asunto C-167/01, *Inspire Art*, que puede consultarse en ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Vía libre a la movilidad de las sociedades en la Unión Europea: la Sentencia del TJCE de 30 de septiembre de 2003 (asunto C-167/01 “*Inspire Art*””, *La Ley*, número 5924, diciembre 2003, págs. 1-5.

comunitario y es en este entorno donde cabe establecer una conexión entre el proceso de integración económica europea y la normativa comunitaria²⁹.

Así pues, se establece la necesidad de buscar respuestas jurídicas adecuadas a las exigencias impuestas por un mercado único. En definitiva, se trata de crear un cuerpo jurídico europeo sobre el Derecho de sociedades y para ello se ha recurrido a dos métodos diferentes:

- La armonización comunitaria en materia de sociedades, a través de directivas.
- La creación de tipos societarios europeos. Entre los que se encuentra la SE, la Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE), la Sociedad Cooperativa Europea (SCE).

Sin duda, la aprobación del estatuto de la SE ha supuesto un avance en cuanto a la libertad de establecimiento y movilidad de las personas jurídicas en el territorio comunitario, constituyendo un instrumento jurídico que facilitará tanto las fusiones transfronterizas, como los cambios de domicilio de las SE en la UE³⁰.

Puede decirse que este nuevo tipo societario está, en cierta medida, inspirado en la libertad de establecimiento comunitaria de los artículos 43 y 48 del TCE, ya que mediante su utilización se va a facilitar la reestructuración de las estructuras empresariales y de producción en el ámbito de la UE con lo que, en definitiva, se va a favorecer la consolidación del Mercado Interior y la competitividad en el seno de la UE.

Si bien, y a pesar de que en la decisión de transferir el domicilio social de un Estado miembro a otro van a pesar más las razones de tipo económico que las jurídicas, la doctrina ha destacado que, mediante este novedoso instrumento, se va a poder asegurar el verdadero juego de esta libertad comunitaria así como, al mismo tiempo, garantizar plenamente el objetivo de su reorganización y de la cooperación empresarial a escala comunitaria al superar las limitaciones y los obstáculos existentes en la actualidad en el sector, motivados por el empleo de estructuras jurídico-societarias exclusivamente vinculadas a un único

²⁹ El Profesor GIRÓN TENA, J., en la introducción a la obra *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*, ya cit., pág. 23, recoge: “pero el plano que en el Derecho de sociedades había de aparecer como específico es el de las dimensiones empresariales y las formas jurídicas para estas dimensiones. El Mercado Común de los países componentes busca dimensiones empresariales apropiadas para nuestro tiempo, y, naturalmente, ello contiene un compromiso de ofrecer las formas u organizaciones jurídicas para esas nuevas magnitudes económicas. El primer camino que se ofrece está claro que es el de la concentración industrial por la vía de fusión y, en general, las formas jurídicas que en el plano del derecho ya existente, de las figuras ya conocidas, permite el aumento de dimensiones empresariales por vía de concentración. Pero los obstáculos, de muy distinto tipo, respecto de la fusión (de índole psicológica, de dificultad en la armonización de los preceptos distintos de derecho imperativo sobre fusión de los países, el tratamiento fiscal diverso, los regímenes laborales diferentes), se presentaban como insuperables a corto plazo. Por eso, se inició como vía más inmediata la SE. Pero este planteamiento nos daría las causas más próximas de la aparición de dicha SE y estas causas más próximas producen el efecto de oscurecer la visión de otras, a nuestro juicio mucho más importantes y más generales, que están justamente, en la dirección de las líneas maestras de la evolución de la estructura empresarial de nuestro tiempo. Se trata del tema de las dimensiones empresariales en relación con las fronteras nacionales...”

³⁰ La SE posibilita que el derecho de establecimiento que el Tratado de la Unión reconoce a los operadores económicos no quede limitado, como venía sucediendo, al establecimiento secundario, que se concreta en la constitución de filiales y en la apertura de sucursales o agencias, sino que, por el contrario, se haga igualmente real y efectivo para el establecimiento primario, en términos tales que la disparidad de legislaciones nacionales no constituya un obstáculo para las fusiones transfronterizas y el traslado del domicilio social dentro del territorio de la UE. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, I., “El futuro del derecho de sociedades en Europa: A propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea”, *La Ley*, número 5465, enero 2002, pág. 1.

ordenamiento estatal y, por tanto, organizadas desde una dimensión estrictamente nacional³¹.

Según se recoge en el título, el régimen jurídico de la administración de la SE domiciliada en España constituye el objeto de estudio de esta Tesis doctoral. Precisamente, la materia relativa a los órganos de administración de la SE, junto con la concerniente a la participación de los trabajadores, ha sido la más controvertida a lo largo del proceso de gestación de la SE, pasando desde la imposición rígida del sistema dualista (de clara inspiración germánica) en los primeros Proyectos de estatuto de 1970 y 1975, hasta la libre opción entre el sistema monista o dualista que recogen el Proyecto de estatuto de 1989 y el estatuto definitivamente aprobado por el RESE, con una etapa intermedia, Proyecto de 1991, en la que se permitía optar por uno de los dos sistemas de administración, aunque se dejaba a los Estados miembros libertad para imponer uno de estos dos modelos a las SE que decidieran establecerse en su domicilio.

También, mediante el proceso de armonización de las legislaciones de los diversos Estados miembros se intentó una aproximación en la regulación de esta materia y, en 1972, se presentó el proyecto de la Quinta Directiva sobre la estructura de las sociedades anónimas y los poderes y obligaciones de sus órganos.

La Quinta Directiva, a pesar de que fue modificada, finalmente no prosperó y actualmente se encuentra en vía muerta. La Comisión retiró el proyecto en diciembre de 2001 debido al bloqueo político. Los obstáculos con los que tropezó fueron, por un lado, el enfrentamiento entre dos sistemas distintos en cuanto a la organización de la administración: sistema monista y sistema dualista y, por otro lado, la articulación de la participación de los trabajadores en los órganos sociales, lo que propició las posteriores modificaciones que tampoco prosperaron.

Los Estados miembros que, como España, desconocían en sus legislaciones el sistema dualista se oponían a incorporar instituciones extrañas a sus tradiciones jurídicas, aunque en mi opinión en España, en la práctica, sobre todo en empresas de grandes dimensiones, es frecuente que a través de la delegación de facultades del Consejo de administración en uno o varios consejeros delegados o, incluso, mediante la constitución de un Comité de gerencia, la administración de la sociedad se instrumente mediante dos órganos, uno de dimensiones más reducidas (uno o más consejeros delegados, Comité de gerencia) que será el encargado de llevar a cabo y con más inmediatez las gestiones necesarias para el desarrollo de la actividad empresarial y el Consejo de administración, propiamente dicho (del que forman parte los consejeros delegados, o los miembros del Comité de gerencia), que será el encargado de la planificación y de fijar las principales directrices de la sociedad.

No obstante, hay que tener en cuenta que la delegación que otorga el Consejo de administración es una delegación orgánica por lo que, en definitiva, el responsable de las gestiones que se lleven a cabo, para el desarrollo de la actividad empresarial, será el Consejo de administración en pleno, lo que marca la diferencia con el sistema dualista en el que el órgano de dirección asume las funciones de gestión y el órgano de control las de supervisión, siendo cada órgano responsable en el ámbito de sus respectivas competencias.

Durante el desarrollo de esta Tesis doctoral se hace referencia, con carácter previo, al proceso histórico de creación de la SE prestando una especial atención a la regulación dispensada a los órganos de administración en los Proyectos de 1970, 1975, 1989 y 1991.

Con mayor amplitud se examina el estatuto de SE definitivamente aprobado por el Reglamento (CE) N° 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, y el peculiar sistema de fuentes

³¹ PALAO MORENO, G., *El traslado del domicilio social de la Sociedad Anónima Europea*, ya cit., pág. 27.

que recoge su articulado³², sistema de difícil e incluso polémica interpretación dada su gran complejidad, falta de concreción en muchos aspectos y continua remisión a los Derechos nacionales de los Estados miembros lo que, sin duda, va a propiciar que se cree un clima de inseguridad jurídica en torno a la SE, sin perder de vista además, los efectos que en la regulación de esta nueva figura societaria van a tener las continuas remisiones que el Reglamento efectúa a las legislaciones de los Estados miembros y las habilitaciones que concede a dichos Estados, para la regulación de diversas materias. Una primera manifestación de estos efectos se concreta en la proliferación de modelos de SE que podemos encontrar en el territorio comunitario, tantos como Estados miembros.

Por otro lado, teniendo en cuenta el objetivo principal de esta Tesis doctoral, se procede a efectuar un estudio pormenorizado de los dos modelos de administración (dual y monista) contenidos en el RESE, e igualmente se profundiza en la regulación dispensada por el legislador español a la materia relativa a los órganos de la SE, en la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, puesto que si bien es cierto que la materia relativa a los órganos sociales es una de las escasas materias en las que, por lo menos en parte, se mantiene una regulación de naturaleza comunitaria, no es menos cierto que el RESE deja que determinados aspectos relativos a los órganos se regulen en unos casos, por los legisladores nacionales y en otros, se limita a remitirse a lo previsto en los diversos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Finalmente, se contempla el sistema de implicación de los trabajadores en la SE puesto que, aunque considero que esta temática es más propia del ámbito laboral que del societario, no puedo obviar, por un lado, que la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, es un elemento indisociable del RESE, y por otro lado el hecho, que no está exento de importancia, de que una de las formas de implicación de los trabajadores en la SE puede consistir en la participación de los mismos en los órganos de administración o control de la sociedad, bien directamente, mediante el derecho a elegir o designar a los miembros del órgano de administración o de control, o bien indirectamente, a través del derecho a recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control.

En consecuencia, nos podemos encontrar con una influencia de los representantes de los trabajadores en los órganos de administración de la SE que va más allá de los meros derechos de información y consulta y que hace a éstos participes de las decisiones de la empresa por razón de su participación en los órganos sociales. Lo cierto es que para que se dé este tipo de participación son necesarios una serie de requisitos y circunstancias que mencionaré cuando me ocupe del desarrollo de esta materia, si bien, debo hacer referencia al principio antes-después, principio que, después de largas discusiones, se establece para respetar los derechos que ya ostentaban los trabajadores antes de la constitución de la SE, derechos que deben mantenerse en la nueva sociedad constituida.

³² Véase el artículo 9 del citado texto. Se hace una distinción entre materias reguladas y materias no reguladas o reguladas sólo en parte. Las materias reguladas se regirán en primer término por lo dispuesto en el RESE y en segundo término, cuando el RESE así lo autorice expresamente, por las disposiciones estatutarias; en cuanto a las materias no reguladas o reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos por el RESE, se regirán en primer término por las disposiciones que, a efectos de la regulación de la SE, se adopten por los Estados miembros, en segundo término por las disposiciones que sean de aplicación a las sociedades anónimas nacionales y, en última instancia, por las disposiciones estatutarias en las mismas condiciones que rijan para las sociedades anónimas nacionales. El punto de conexión para la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico será el del lugar donde la SE decida establecer su domicilio social: así para las SE que decidan establecerse en España serían de aplicación en primer lugar las disposiciones adoptadas *ad hoc* para las SE (Ley 19/2005 de 14 de noviembre), en segundo lugar las disposiciones del ordenamiento jurídico español que fueran de aplicación a nuestras sociedades anónimas y finalmente, las disposiciones estatutarias de acuerdo con lo previsto para nuestras sociedades anónimas.

Precisamente, los derechos relativos a la implicación de los trabajadores han sido, junto con la regulación de los órganos sociales, los principales caballos de batalla que han demorado la aprobación del estatuto de la SE durante más de treinta años y es que, al igual que sucedía con las reticencias que los Estados miembros, desconocedores en sus legislaciones del modelo dual de administración, tenían a la incorporación de instituciones jurídicas extrañas a sus tradiciones, se suscitó entre el empresariado de países que no contemplaban en sus ordenamientos un sistema de cogestión, la desconfianza e incluso la alarma ante el hecho de que los representantes de los trabajadores pudieran pasar a formar parte de los órganos internos de la sociedad; se consideraba un atentado al corazón mismo de la estructura societaria.

Por todo ello, me ocuparé de la forma en que, tanto la DITSE, como la Ley 31/2006, de 18 de octubre, por la que se traspone dicha Directiva al ordenamiento jurídico español, regulan los derechos de implicación de los trabajadores en la SE.

CAPÍTULO PRIMERO

GESTACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

I. INTRODUCCIÓN

Antes de entrar en el estudio de los antecedentes históricos de la SE creo conveniente hacer unas breves consideraciones sobre la situación de Europa después de las dos guerras mundiales. La primera guerra mundial contribuyó a destruir la confianza de los europeos en su civilización, llevándoles a percibir el declive político y económico de la vieja Europa y, al mismo tiempo, a darse cuenta del dinamismo creciente de los Estados Unidos de América; pero fue en 1945, al término de la segunda guerra mundial europea, cuando Europa perdió definitivamente su posición hegemónica. Los europeos se encontraron con una Europa dividida que dependía de la solidaridad transatlántica para su reconstrucción económica y con un creciente protagonismo de Estados Unidos de América en la economía mundial³³.

Como ya he indicado en el párrafo precedente, al término de la primera guerra mundial se empezó a percibir el declinar político de Europa y, en consecuencia, surgieron determinados movimientos en torno a la construcción de una Europa unida³⁴, pero es al finalizar la segunda guerra mundial, cuando las corrientes integracionistas dejaron de ser meros ideales y pasaron a convertirse en una necesidad, siendo impulsado este propósito tanto por políticos y empresarios como por determinados sectores sociales³⁵. Así, en la

³³ Tal y como señalan GAVALDA CH. y PARLEANI, G., *Droit des affaires de l'Union européenne*, ya cit., pág. 3, “la reconstrucción de un orden internacional después de la segunda guerra mundial (1939-1945) supone el establecimiento de reglas de conducta internacional políticas, monetarias, económicas, sociales y comerciales”.

³⁴ Destacaron dos iniciativas en este sentido. La primera de ellas, la desarrollada por el movimiento Paneuropa en Viena, en 1923, por el conde Richard Coudenhove-Kalergi, que agrupaba a políticos, periodistas o intelectuales afines a la idea de una Europa unida. El conde Richard Coudenhove-Kalergi desarrolló su pensamiento mediante una serie de artículos, a partir de 1922, y en su libro Paneuropa (Viena, 1923), además fundó el movimiento Unión Paneuropea que tuvo como órgano la revista Paneuropa (1924-1940) y cuya sede fue Viena hasta la incorporación de Austria al *Reich* por Hitler (el *Anschluss*), en 1938, trasladándose luego a Berna y de allí a Nueva York, en 1941. En opinión de Coudenhove-Kalergi “los Estados europeos no podrían intervenir positivamente en el nuevo concierto mundial sino a condición de establecer entre ellos una unión política permanente, Paneuropa”.

La segunda iniciativa era la presentada en el discurso pronunciado en septiembre de 1929, ante la 10ª Sesión de la Asamblea de la Sociedad de Naciones, por el ministro francés de Asuntos Exteriores, Aristide Briand, donde expuso las grandes líneas de un proyecto encaminado a establecer “entre los pueblos de Europa, lo que llamaba «una especie de lazo federal»”; la propuesta se plasmó en un memorándum que se sometió a los otros veintiséis Estados europeos miembros de la Sociedad el 1 de mayo de 1930, si bien fue acogido con frialdad por parte de la mayoría de los Gobiernos consultados. El memorándum proponía la firma de un pacto constitutivo de una Asociación Europea, con una Conferencia Europea de los Estados interesados como órgano representativo, un órgano ejecutivo bajo la forma de un Comité Político Permanente y una Secretaría restringida. Véase TRUYOL Y SERRA, A., *La integración Europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos. I Génesis y desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 27, 28, 31 y 32; además, puede consultarse en el citado texto, págs. 155 y 156, el manifiesto Paneuropeo de 1924 y el discurso de Aristide Briand en la Sociedad de Naciones el 5 de septiembre de 1929.

³⁵ A efectos de la construcción de una nueva Europa se presentaron dos planteamientos: el federalismo y el funcionalismo, siendo este último el que se impuso. El principal problema era conseguir un

postguerra surgieron diversas agrupaciones privadas que tenían por finalidad conseguir la unión europea³⁶; la primera tarea que se impusieron estas agrupaciones fue su unificación.

En 1947 se constituyó, bajo la presidencia del ministro británico Dunstan Sandys, un Comité Internacional de Coordinación para la Unión Europea³⁷. Este Comité convocó un Congreso de Europa que reunió en La Haya, del 7 al 10 de mayo de 1948, a personalidades de diecinueve países³⁸ y abrió el camino para la creación del Movimiento Europeo (octubre de 1948), teniendo una importante influencia en el proceso de construcción europea³⁹.

En 1946, la preponderancia económica de los Estados Unidos de América se impuso a escala mundial, lo que llevó a los países europeos a intentar recuperar el protagonismo que habían tenido antes de las confrontaciones bélicas. Europa debía afrontar con rapidez los cambios necesarios en sus estructuras y en sus factores de producción, imponiéndose la necesidad de crear un mercado europeo y, en consecuencia, de dotar a los operadores económicos de los medios apropiados para que pudieran adaptarse a las dimensiones de ese nuevo mercado, posibilitando, de esta forma, que Europa pudiera competir en la economía mundial.

El discurso pronunciado, el 19 de septiembre de 1946 por Winston Churchill en la Universidad de Zurich ha sido visto, mayoritariamente, como el punto de partida del proceso de integración. En este discurso afirmó su convicción de que el futuro europeo descansaba sobre un acuerdo franco-alemán y además dijo: “el tiempo apremia... debemos volver a crear la familia europea con una estructura regional que podrá llamarse de los Estados Unidos de Europa. El primer paso consiste en crear un Consejo de Europa”⁴⁰.

Por otra parte, la unión aduanera de Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos, que entró en vigor el 1 de enero de 1948, puede considerarse como el modelo para la puesta en marcha de la Comunidad Económica. Finalmente, el 17 de marzo de 1948, Gran Bretaña, Francia y los tres países del Benelux, firmaron en Bruselas un tratado de asistencia mutua que se conoció como la Unión Occidental. El 5 de mayo de 1949 se firmó el tratado de Londres por el que se creó el Consejo de Europa. A los cinco países de la Unión Occidental

consenso en cuanto al desarrollo de los intereses comunes sin herir susceptibilidades nacionales. Para Jean Monnet, moldeador del método funcionalista, la unión sólo podría conseguirse, en forma de avances parciales, trascendiendo del mundo económico a otros ámbitos sociales y culturales, con el propósito de dotar de un contenido a la unión política. Véase MORENO A., “Ideas y realidades”, *La Aventura de la Historia*, número 101, págs. 81-87.

³⁶ Véase, en relación con los medios para constituir la unidad europea, PÉREZ ESCOLAR, R., *La Sociedad Anónima Europea*, Editorial Motecorvo, Madrid, 1972, págs. 55-72.

³⁷ El Comité de coordinación de los movimientos para la Unidad Europea, que se constituyó el 11 de noviembre de 1947, vino a aglutinar las diversas agrupaciones y movimientos encaminados a la consecución de la unión europea, dejando a salvo de momento el movimiento para los Estados Unidos socialistas de Europa. Véase TRUYOL Y SERRA, A., *La integración Europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos. I Génesis y desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, ya cit., pág. 39.

³⁸ Tal y como recoge TRUYOL Y SERRA, A., *La integración Europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos. I Génesis y desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, ya cit., págs. 39-40, “...fue inaugurado por la princesa Juliana y Winston Churchill. Participaron en la misma unos setecientos cincuenta delegados y observadores, reconocidos como tales, de los cuales doscientos eran parlamentarios, y estuvieron representadas todas las categorías sociales y profesionales”.

³⁹ Efectivamente, a partir de la constitución del Movimiento Europeo se desarrolló, por éste, la definición de muchos elementos de la política europea a través de varias conferencias: el Consejo Internacional del Movimiento Europeo, celebrado en Bruselas en febrero de 1949; la conferencia Europea de Westminster, en abril de 1949, que preconizaba la puesta en común de las industrias básicas, avanzando el camino de la “Declaración Schuman” de 9 de mayo de 1950; la Conferencia Cultural de Lausana, en diciembre de 1949; la Conferencia Social de Roma, en julio de 1950.

⁴⁰ El discurso pronunciado por Winston Churchill el 19 de septiembre de 1946, en la Universidad de Zurich, está recogido en TRUYOL Y SERRA, A., *La integración Europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos. I Génesis y desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, ya cit., págs. 163-166.

se sumaron, en primer lugar, Italia, Irlanda, Suecia, Noruega y Dinamarca; a posteriori, se unieron otros países entre los que se encontraba la República Federal de Alemania⁴¹.

El 28 de abril de 1950, Jean Monnet, comisario del Plan de Reconstrucción Económica, dirigió al gobierno francés un memorándum proponiendo “colocar el conjunto de la producción franco-alemana del carbón y del acero bajo una autoridad común en una organización abierta a la participación de los demás países de Europa”. El 18 de abril de 1951 se firmó en París el Tratado que establecía la primera de las Comunidades Europeas: la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)⁴².

Pero a mediados de la década de los cincuenta el proyecto europeo había quedado estancado, la integración política o militar⁴³ no era viable y, por tanto, la única posibilidad de avance se vislumbraba en el terreno económico donde se consideraban compatibles los intereses nacionales y la cooperación europea. Así, en junio de 1955 los ministros de Asuntos Exteriores de Bélgica y Holanda convocaron una reunión en Mesina para estudiar posibles estrategias en el terreno económico, lo que desembocó, finalmente, en el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957⁴⁴.

Una de las piezas fundamentales del TCEE era, sin duda, el establecimiento de un Mercado Común⁴⁵. Ahora bien, la adaptación de la actividad de las empresas a un mercado más amplio requiere nuevas dimensiones empresariales, siendo necesario, en algunos supuestos, llevar a cabo determinadas operaciones de reestructuración empresarial de carácter transfronterizo como fusiones, transformaciones, etc.

Por otro lado, desde el punto de vista jurídico hay que tener en cuenta que cuando las actividades empresariales se desarrollan a través de sociedades se debe fijar una especial atención al hecho de que las sociedades son personas jurídicas, que deben su existencia a la regulación y reconocimiento que les otorga un determinado ordenamiento jurídico, que variará según el Estado de que se trate. En consecuencia, se impone la necesidad de dotar a

⁴¹ El 4 de abril de 1949 se había constituido la Organización del Tratado del Atlántico Norte, en la que se integrarían Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Islandia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Portugal y Estados Unidos, a posteriori, se unirían Grecia y Turquía.

⁴² Los países firmantes fueron: Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo. Jean Monnet fue el primer presidente de la CECA, cuya sede se fijó en Luxemburgo y ostentó dicho cargo desde 1952 hasta 1955. El 13 de octubre de 1955 Jean Monnet fundó, con personalidades políticas y sindicales, el Comité de Acción para los Estados Unidos de Europa (que presidió hasta su disolución en 1975), cuyo peso para la evolución ulterior fue notorio.

⁴³ Los intentos de constituir una Comunidad Europea de Defensa (promovida por las ideas europeístas de Jean Monnet que proponía crear un ejército europeo unificado desde el punto de vista del mando, de la organización, del equipamiento y de la financiación, bajo la dirección de una autoridad supranacional única) habían fracasado. Tal y como recoge TRUYOL Y SERRA, A., *La integración Europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos. I Génesis y desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, ya cit., pág. 42, “los años 1951-1954 presenciaron un duro contraste entre los afanes de supranacionalidad de los integracionistas y un recrudecimiento de las cautelas nacionalistas. El primer ministro francés, René Pleven, presentó un proyecto de Comunidad Europea de Defensa (CED) que plasmó en el Tratado de París de 27 de mayo de 1952, el cual preveía la existencia de un «ejército europeo»; pero no cuajó finalmente, por la negativa del Parlamento francés, en la borrascosa sesión del 30 de agosto de 1954, a ratificar el convenio. Sabido es que el sucedáneo de dicha Comunidad sería el rearme de la República Federal de Alemania y su incorporación, con Italia, a la Unión de la Europa Occidental (Acuerdos de París, de 23 de octubre de 1954, que modificaban el de Bruselas de ocho años antes)”.

⁴⁴ Para más información véase DE LA TORRE, R., “Superando la Guerra Fría. Reconstrucción”, *La Aventura de la Historia*, número 101, págs. 88-95; TRUYOL Y SERRA, A., *La integración Europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos. I Génesis y desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, ya cit., págs. 19-43.

⁴⁵ Según lo preceptuado en el artículo 2 del TCEE: “la Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un «Mercado Común» y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran”.

estas unidades económicas de formas jurídicas adecuadas, que les permitan llevar a cabo su actividad en el mercado comunitario tal y como si se tratara de un mercado nacional, de manera que sean reconocidas en todos los Estados miembros y es en este punto donde tiene encaje la figura de la SE como instrumento jurídico válido a tales efectos.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El 8 de octubre de 2001, el Consejo de Europa aprobó el estatuto de la SE, según el Reglamento (CE) nº 2157/2001, que se publicó en el DOCE del 10 de noviembre. Ahora bien, la idea de esta figura jurídica no es nueva; sus más remotos antecedentes pueden situarse a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, hasta la década de los años 40. Durante este período de tiempo se llevaron a cabo una serie de trabajos en torno al problema del concepto de persona jurídica internacional, su tratamiento y reconocimiento; el comienzo de estos trabajos tuvo como base las aportaciones doctrinales de algunos juristas (Fedozzi⁴⁶, Fusinato, Frankenstein, etc.).

A posteriori, los organismos internacionales también pasaron a ocuparse de estos temas. La *International Law Association*, en su congreso mundial de 1910, se ocupó de estos problemas. Igualmente, en 1910 y 1913, tuvieron lugar en Bruselas dos congresos de asociaciones internacionales que también se interesaron por estas materias. Asimismo, el Instituto de Derecho Internacional, desde 1923, se ocupó de un proyecto en esta misma línea.

Hasta los años cuarenta el interés sobre esta problemática se había manifestado por parte de organizaciones y asociaciones⁴⁷ internacionales sin ánimo de lucro, pero a partir de los años cuarenta, también mostraron interés las entidades internacionales con finalidad económica.

En el año 1948, en la 43ª Conferencia de la *International Law Association*, se originó un debate que continuó en la 45ª Conferencia, que tuvo lugar en Lucerna, y en cuyos trabajos participaron juristas internacionales de gran relevancia. En esta misma línea estaban los trabajos del Instituto de Derecho Internacional, a partir de 1950 y, desde 1951, los de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional. En la Conferencia de la Haya celebrada el 1 de junio de 1956 se trató la problemática relativa al reconocimiento de la personalidad

⁴⁶ En efecto, en 1897 el jurista italiano Fedozzi formuló la idea de una sociedad cuya personalidad jurídica fuera reconocida a nivel internacional, lo que permitiría la formación de grandes grupos de empresas capaces de garantizar el desarrollo acelerado de la industria. Véase COSTA, CARLA TAVARES DA y BILREIRO, ALEXANDRA DE MEESTER, *The European Company Statute, (European Business Law and Practice Series 19)*, Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003, pág. 1.

⁴⁷ En relación con las asociaciones españolas y la legislación que se ocupa de ellas, tanto en el ámbito estatal, como autonómico, puede consultarse DURÁN RIVACOBIA, R. y DE REINA TARTIÈRE, G., *Código de Asociaciones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, si bien, advierten que “la obra no persigue recopilar, aunar toda la legislación que, con repercusión general o autonómica, incide, de una u otra manera, en el entorno de las asociaciones...Lo que interesa en verdad, es conocer el correcto significado de la regulación esencial en la materia” y consideran que con el método adoptado se puede obtener un panorama global y ordenado acerca del régimen de las asociaciones en nuestro país. Los referenciados autores, en el prólogo de su obra recogen: “El asociacionismo, la libre unión de personas para el cultivo de fines comunes resulta un asunto de gran trascendencia política. El hecho de coincidir con otros para el fomento y desarrollo de determinadas actividades demuestra cómo los individuos colman sus expectativas al margen de la tutela pública o en remedio de sus inevitables vacíos. Cualquier manifestación aperturista de los sujetos individuales enriquece a los miembros de cada iniciativa, pero también a la colectividad en su conjunto, que inaugura nuevos cauces de integración”; más adelante añaden: “...las asociaciones constituyen un síntoma elocuente de la situación por la que atraviesa el cuerpo social. Un sistema político respetuoso con la libre autodeterminación de sus miembros favorecerá, sin duda, el desarrollo plural de las iniciativas espontáneas que surjan en su interior. Por el contrario, los regímenes dictatoriales, con independencia de su signo, buscarán fórmulas de control que asfixien modos abiertos de pensar”.

jurídica de las sociedades extranjeras, los efectos del traslado de la sede social y la fusión de sociedades. También, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado de Roma se ocupó de esta materia.

Tras la segunda guerra mundial los intereses económicos internacionales adquirieron gran relevancia, lo que llevó a establecer una línea independiente de tratamiento del tema referido sólo a las entidades económicas. Ya en los comienzos de las Naciones Unidas, el Secretario Trygve Lie, en una carta de 24 de septiembre de 1946, sugería que se emprendieran trabajos para atender a las necesidades de las firmas que conducían negocios a escala internacional (empresas de carácter multinacional). A partir de 1972, hubo una corriente que institucionalizó la materia con la creación de la Comisión de Corporaciones Transnacionales y el Centro de Información e Investigación de Corporaciones Transnacionales, cuyos trabajos están considerados como fuente altamente calificada⁴⁸.

Incluso antes de la firma del Tratado de Roma, que dio lugar a la constitución de la CEE, se crearon en Europa varias sociedades de carácter internacional. En el año 1934 Escandinavia protagonizó uno de los primeros esfuerzos en orden a la unificación del Derecho de sociedades en Europa, iniciando una serie de trabajos a efectos de crear la *Uniform Nordic Companies Act*. En el ámbito del sector público puede mencionarse la creación de las denominadas sociedades internacionales como la *Comimission for Navigation on the Rhine*, fundada en 1929 y el *Bank for International Settlements*, constituido en 1930.

Igualmente, tras la segunda guerra mundial se crearon en Europa, mediante acuerdos entre los distintos Estados interesados, diversas sociedades de carácter internacional, entre ellas se encontraban: en 1951, la *Scandinavian Airliness System –SAS-* (compañía aérea); en 1953, la *Mont Blanc Tunnel Exploitation Company* (sociedad creada para construir y explotar el túnel de *Mont Blanc*, bajo la frontera franco italiana); en 1955, *Eurofina*; en 1956, la *Société Financière Internationale*, la *Société Internationale de la Moselle* (sociedad formada para construir y explotar un canal que hiciera navegable el Mosela desde el Lorena francés hasta su desembocadura en Alemania a través de Luxemburgo), la *Union Charbonnière Sarro-Lorraine* (sociedad creada para vender conjuntamente el carbón del Sarre alemán y el Lorena francés); en 1957 (año en que se firma el Tratado de Roma), *Eurochemic* (sociedad fundada para la compra conjunta de materia prima para uso de energía atómica)⁴⁹. La constitución de estas sociedades de carácter internacional se llevaba a cabo mediante acuerdos entre los Estados interesados; se regían por lo dispuesto en dichos acuerdos, en los que se hacían constar los estatutos de la sociedad, desplazando de esta forma el Derecho nacional correspondiente, que sólo era aplicable con carácter subsidiario.

El 16 de diciembre de 1949, el Consejo de Europa adoptó una propuesta para la creación de compañías europeas que se regían por un estatuto único, que era de aplicación a un restringido número de sociedades encargadas de la producción de bienes y servicios de general necesidad. En 1952, el Consejo de Europa presentó otro proyecto, esta vez dirigido a compañías europeas constituidas con objeto de explotar concesiones de servicios públicos y obras públicas, dotadas también de un estatuto propio (según lo acordado por los Estados interesados). Este proyecto estaba dirigido a las sociedades beneficiarias de las citadas concesiones y el capital de las mismas podía ser suscrito por los diversos Estados o por personas privadas de diferentes nacionalidades. Igualmente, en 1952, en la conferencia de la

⁴⁸ Véase GIRÓN TENA, J., en la introducción a la obra *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*, ya cit., pág. 26.

⁴⁹ Véase SAGASTI AURREKOETXEA, J. J., “La constitución de la «Societas Europaea-SE»”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 19, 2002-2, pág. 116 y GLEICHMANN, K y CATHALA, T., “*Le statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la commission des communautés européennes*”, *Revue des sociétés*, número 1, 1972, pág. 9.

International Law Association, Niboyet presentó un informe preliminar sobre las sociedades internacionales.

Las sociedades a las que me he referido anteriormente, así como los proyectos presentados por el Consejo de Europa, se basaban, en defecto de un Derecho europeo aplicable, en los Convenios y Tratados entre los Estados, mediante los que se fijaban los estatutos y normas por los que las sociedades se regían, acudiendo con carácter subsidiario a un determinado Derecho nacional.

Una vez constituida la CEE, con la firma del Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957, se retomó la idea de la SE como forma jurídica que posibilitaba la actividad de empresas transnacionales europeas. El propio Tratado preveía en su artículo 54.3.g), la coordinación en materia de sociedades de las diversas legislaciones de los países miembros mediante directivas, e igualmente, mediante lo previsto en su artículo 220, pretendía, por la vía de la negociación entre los Estados miembros, la unificación de las diversas legislaciones a efectos del reconocimiento y mantenimiento de la personalidad jurídica de las sociedades en los supuestos de cambio de sede de un país a otro. Ahora bien, estas medidas resultaban insuficientes para conseguir una verdadera unión económica que permitiera a las empresas considerar el territorio comunitario como un espacio común para el desarrollo de sus actividades. Una verdadera integración económica exigía una normativa europea, un Derecho europeo que fuera reconocido y surtiera efecto en todos los Estados miembros.

En 1959, y casi simultáneamente, se sugirió la idea de la SE por Thibierge en el congreso de notarios de Tours⁵⁰ y por Pieter Sanders en el discurso de inauguración del curso del Instituto de Estudios Económicos de la Universidad de Rotterdam⁵¹.

1. CONFERENCIA PRONUNCIADA POR EL PROFESOR PIETER SANDERS, EL 22 DE OCTUBRE DE 1959, EN EL INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DE ROTTERDAM

En esta conferencia el profesor Pieter Sanders hizo referencia a la necesidad de establecer un Derecho europeo de sociedades y a los problemas que ello conllevaba, considerando que la elaboración de un Derecho europeo de sociedades era una cuestión crucial en una Comunidad Europea en formación.

Al margen de la previsiones contenidas en el Tratado de Roma, para el establecimiento y funcionamiento del Mercado Común⁵², el profesor Sanders proponía la creación de una nueva figura societaria, una sociedad anónima de tipo europeo por la que se podría optar en determinados supuestos, dotada de una normativa que sería aceptada y reconocida por todos los Estados miembros. Motivó su propuesta en las sociedades que se constituyeron en Europa antes de la firma del Tratado de Roma (*Scandinavian Airlines System –SAS-, Mont Blanc Tunnel Exploitation Company, Eurofina, Société Financière Internationale, Société Internationale de la Moselle, Union Charbonnière Sarro-Lorraine*),

⁵⁰ THIBIERGE, C., “Le statut des sociétés étrangères”, *Le statut d'étranger et le Marché Commun*, Tours, 1959 (publicación elaborada con ocasión del 57 Congreso del Notariado francés).

⁵¹ El discurso «*Vers une société anonyme européenne?*» fue publicado en *Rivista della società*, 1959, págs. 1163-1176.

⁵² El Tratado de Roma preveía la acción de la Comunidad tendente a la aproximación de las diversas legislaciones nacionales (artículo 3, h. del TCEE) mediante directivas (artículo 100 TCEE). En este mismo sentido el TCEE contenía otra serie de medidas relacionadas tanto con el derecho de establecimiento (artículos 52 a 58), como con el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el artículo 58 TCEE y el mantenimiento de la personalidad en caso de traslado de la sede de un país a otro, y la posibilidad de fusionar sociedades sometidas a legislaciones diferentes (artículo 220 TCEE). En opinión del profesor Sanders estas disposiciones no estaban exentas de problemas tanto a nivel jurídico como práctico.

sociedades cuyo objeto rebasaba las fronteras nacionales y que, por tanto, podían ser consideradas como SE, aunque se regían por las disposiciones de un Convenio internacional al que se anexaban los estatutos y sólo con carácter subsidiario se acudía al Derecho nacional. También hacía referencia a las iniciativas del Consejo de Europa en este campo⁵³. Pero la propuesta presentada por el profesor Sanders, en la conferencia que pronunció el 22 de octubre de 1959, iba más allá y apuntaba a la posibilidad de crear un auténtico Derecho europeo de sociedades. Concebía una nueva forma jurídica de sociedad que en modo alguno estaría ligada a la idea que imperaba en la constitución de las sociedades que propició el Consejo de Europa⁵⁴. La SE en la que pensaba Sanders⁵⁵ tenía carácter opcional y se situaba al lado de las sociedades nacionales pasando a engrosar el catálogo de las ya existentes, de forma que determinadas empresas, que reunieran los requisitos exigidos, podían optar por esta nueva forma jurídica si la consideraban de interés. Además hay que tener en cuenta que una vez constituida la CEE, la elaboración de un estatuto que regulara la SE revestía carácter de urgencia.

Para llevar a cabo el proceso de integración económica y garantizar un debido funcionamiento del Mercado Común era necesario construir un auténtico Derecho europeo de sociedades que facilitara la fusión de empresas de diferente nacionalidad, evitando, con la aplicación de esta normativa europea, tener que escoger entre los ordenamientos jurídicos nacionales, con los consiguientes efectos negativos, tanto de carácter psicológico como de orden jurídico, que una elección de este tipo implicaba. Es por lo que el profesor Sanders puntualizó, en la conferencia que pronunció en el Instituto de Estudios Económicos de Rotterdam, que las empresas que tuvieran carácter europeo y que se constituyeran como tales SE no vivirían bajo el signo de ningún Estado determinado, posibilitando además esta forma jurídica la resolución de problemas como la transferencia de sede social⁵⁶ o la fusión de sociedades y aportando otras ventajas de tipo jurídico, como la situación de igualdad de todos los socios⁵⁷, facilitando la organización interna de las empresas⁵⁸ y la problemática de tipo financiero⁵⁹. Remarcó que eran múltiples las razones que llevaban a tratar de esbozar un proyecto de SE; no obstante, la demanda y utilidad de la misma dependerían de la forma en que se regulara.

⁵³ El 16 de diciembre de 1949 el Consejo de Europa adoptó una propuesta para la creación de compañías europeas que se regían por un estatuto único que era de aplicación a un restringido número de sociedades encargadas de la producción de bienes y servicios de general necesidad. En 1952 el Consejo de Europa presentó otro proyecto, esta vez dirigido a compañías europeas constituidas con objeto de explotar concesiones de servicios públicos y obras públicas dotadas también de un estatuto propio (según lo acordado por los Estados interesados). Este proyecto estaba dirigido a las sociedades beneficiarias de las citadas concesiones y el capital de las mismas podía ser suscrito por los diversos Estados o por personas privadas de diferentes nacionalidades.

⁵⁴ Debemos de recordar que el Consejo de Europa promovió la creación de determinadas sociedades después de la guerra para la producción de bienes y servicios de primera necesidad y que, por tanto, disfrutaban de determinados privilegios en materia de aduanas, transferencia de divisas, etc.

⁵⁵ El profesor Sanders pensaba que, en principio, el estatuto de SE debía limitarse a las sociedades anónimas. En este mismo sentido se pronunciaba el Notario Thibierge en el informe que presentó al Congreso de notarios de Tours.

⁵⁶ Efectivamente, si los dos países estaban adheridos al Convenio que reconocía el Estatuto de la SE, la transferencia de sede social de un país a otro sería similar al traslado de domicilio social dentro del territorio nacional.

⁵⁷ Al no tener que optar por un Derecho nacional determinado, se evitarían los efectos nocivos que dicha elección podía tener para algunos socios, tanto por el desconocimiento del Derecho aplicable, como por la interpretación jurisprudencial de dicha normativa, pues, indudablemente, los socios que pertenecieran al país cuyo Derecho se había elegido tendrían ventajas por conocer tanto la normativa aplicable, como su interpretación por los Tribunales.

⁵⁸ Indudablemente, resulta más fácil dirigir y organizar una única SE que múltiples sociedades de nacionalidades diversas.

⁵⁹ Pensemos, por ejemplo, en la solicitud de préstamos, constitución de garantías y en la emisión y cotización de títulos en bolsa.

De forma tangencial hacía referencia al aspecto fiscal, que consideraba de importancia, aunque excedía de la materia objeto de estudio, por lo que se limitó a señalar que en materia fiscal constituiría un progreso importante que las empresas, en lugar de estar sometidas al control de varias administraciones nacionales, estuvieran sometidas a una sola administración central.

A efectos de buscar una definición de lo que pudiera ser una SE, el profesor Sanders fijaba su atención en las sociedades de Estados Unidos y Canadá que presentaban unas características similares, ya que su estudio podía aportar elementos interesantes para la tarea propuesta de construir un Derecho europeo de sociedades, permitiendo, dichas semejanzas, vislumbrar lo que podría ser una SE, sobre todo por lo que concernía a las sociedades canadienses de este tipo, pues no sólo resultaba interesante la legislación que las regulaba sino también su aplicación en la práctica.

La situación que existía en Estados Unidos era similar a la de los Estados europeos, puesto que, al igual que en Europa el Derecho de sociedades variaba de un país a otro, constituyéndose y rigiéndose las Compañías federales, por una ley específica y con carácter subsidiario por la *Common Law*⁶⁰ y, por tanto, no aportaba nada nuevo. Sin embargo, Canadá había elaborado un Derecho federal (*Dominion Companies Act*). Las *Dominion Companies Act*, que podían ser públicas o privadas, se constituían por *letters patent* que expedía el Secretario de Estado canadiense; las sociedades constituidas en virtud de dichas *letters patent* eran reconocidas en todo el territorio de Canadá y podían ejercer su actividad, dentro de los límites de su objeto social, en todo el territorio canadiense.

Concluía el profesor Sanders la conferencia diciendo que en ese momento no podía dar una definición precisa y detallada de lo que podría ser una SE, pero sí podía delimitar su contorno y fijar los puntos esenciales que permitieran la búsqueda de las soluciones que, sin duda, constituirían un trabajo en el que deberían de colaborar no solamente los juristas especializados en Derecho de sociedades de los seis países miembros de la CEE, sino también economistas, financieros y contables de dichos países, correspondiendo tomar la iniciativa de reunir tales expertos a la Comisión de la CEE, debiendo los Estados miembros permitir a otros Estados europeos que se adhirieran al Convenio que regularía la SE. Dicho Convenio fijaría los requisitos necesarios para poder constituir una SE⁶¹; igualmente, habría que determinar los requisitos necesarios para que las sociedades de carácter nacional que lo desearan pudieran transformarse en SE. Además, la creación de un Derecho europeo de sociedades conllevaría la creación de una administración central, una oficina europea de sociedades anónimas, que sería el organismo competente para examinar tanto si las sociedades cumplían los requisitos exigidos para constituirse como SE, como si sus estatutos eran conformes con el Derecho europeo de sociedades; dicha administración central podría también cumplir las funciones de Registro central de SE.

El profesor Sanders, teniendo en cuenta las diferencias existentes entre las legislaciones de los seis países firmantes del Tratado de Roma, planteó una incógnita relativa a cuáles serían los órganos de administración de la SE y los poderes de los mismos, concluyendo que, a efectos de la construcción de un Derecho europeo de sociedades anónimas, debería hacerse una elección entre las diferentes legislaciones nacionales, no sólo en materia de órganos (en la que se daban grandes disparidades), sino también en otras materias en las que, sin duda, se plantearían cuestiones delicadas. Indudablemente, el éxito de esta nueva figura jurídica dependería en parte de la elección que se hiciera, ya que si

⁶⁰ Presentaban, por tanto, características similares a las sociedades europeas que se constituyeron en Europa mediante convenio interestatal y que se regían por los estatutos a él anexados y con carácter subsidiario por la legislación nacional del lugar del domicilio (en Estados Unidos la *Common Law*).

⁶¹ El profesor Sanders se inclinaba por fijar criterios de tipo objetivo, como era la exigencia del desembolso de un capital elevado, cuya cuantía debía acordarse.

como consecuencia de la opción ejercitada resultaba una regulación de la SE demasiado estricta, las empresas preferirían escoger otras formulas más flexibles que les pudieran ofrecer cualquiera de las legislaciones nacionales; por tanto, estas reflexiones invitaban a concebir de una forma liberal la tarea de regular la SE.

Por otro lado, el profesor Sanders señalaba que la existencia de un Derecho europeo de sociedades tendría por efecto promover la armonización de los ordenamientos jurídicos de la CEE, pero dadas las dificultades que conllevaba el proceso de unificación, no parecía que dicha tarea unificadora pudiera realizarse a corto plazo, por lo que sugería la idea de crear una nueva forma jurídica como era la SE. Otro factor que tuvo en cuenta fue el de la interpretación de la normativa reguladora de las SE, puesto que consideraba que la unidad de Derecho requería unidad en la interpretación jurisprudencial, por lo que, siendo éste un aspecto importante, instaba para que el problema se solucionase a la mayor brevedad, aunque no fuera más que en el terreno relativo a la SE.

Resumiendo las ideas vertidas por el profesor Sanders en la conferencia pronunciada en el Instituto de Estudios Económicos de la Universidad del Rotterdam el 22 de octubre de 1959, debo destacar la insistencia que mostraba en cuanto a la urgencia de elaborar un auténtico Derecho europeo de sociedades que posibilitara el establecimiento y funcionamiento del Mercado Común, aunque era consciente de las dificultades que entrañaba un proceso unificador de esta índole, por lo que proponía un Derecho unificado, al menos, en torno a la regulación de la SE.

Consideraba que, igualmente, la armonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la CEE resultaba una tarea difícil de acometer, y más a corto plazo, y por tanto planteaba la posibilidad de crear una nueva forma jurídica, la SE, cuyo régimen jurídico se establecería mediante un Convenio interestatal y que, por tanto, sería aceptada y reconocida en todos los Estados miembros. El citado Convenio fijaría los requisitos exigidos para que las empresas pudieran acceder a esta forma jurídica y asimismo determinaría las modalidades de constitución, funcionamiento y disolución de la SE. En fin, se trataba de establecer una reglamentación completa que regulara todos los aspectos societarios evitando que, aunque fuera a título subsidiario, hubiera que acudir a los ordenamientos nacionales⁶².

Pensaba que la elaboración de un estatuto que regulara la SE permitiría las operaciones de concentración y reestructuración de empresas, el traslado de sede social, y facilitaría las tareas de organización y dirección, así como la resolución de determinados problemas financieros.

A pesar de haber transcurrido más de cincuenta años desde que Pieter Sanders pronunció este discurso y de haberse ampliado a veintisiete los Estados miembros que actualmente forman la UE, en mi opinión no contamos todavía con un auténtico Derecho europeo sobre las sociedades⁶³. Es cierto que se han producido importantes avances por la

⁶² Tal y como ocurría en las sociedades internacionales que se constituyeron antes de la firma del Tratado de Roma (*Scandinavian Airliness System –SAS–, Mont Blanc Tunnel Exploitation Company, Eurofina, Société Financière Internationale, Société Internationale de la Moselle, Union Charbonnière Sarro-Lorraine*).

⁶³ Sobre la pertinencia de la utilización del término “Derecho europeo de sociedades”, consultar: EMBID IRUJO, J. M., “Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de sociedades en la Unión Europea”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada 2007, págs. 16-17. Según este autor no resulta del todo correcto utilizar la expresión Derecho europeo de sociedades “porque, propiamente, la Unión europea no posee un conjunto articulado de normas alrededor de las sociedades que sea equiparable al que, con mayor o menor extensión y acierto, solemos encontrar en aquéllos; esto es así, sobre todo, en lo que afecta a las normas (directivas) europeas dictadas para armonizar los ordenamientos nacionales, que constituyen, en buena medida, el grueso del así llamado Derecho europeo de sociedades. No sucede lo mismo, *prima facie*, en lo que atañe a las normas (reglamentos) europeos destinados a crear una figura societaria de Derecho europeo, dotándole de su particular régimen. En tanto que las directivas proyectan lo esencial de su fuerza normativa sobre la regulación de las sociedades constituidas con arreglo al Derecho de los Estados miembros, los

vía de la armonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros mediante diversas directivas; pero igualmente es cierto que, ante la resistencia de los Estados miembros a aceptar soluciones extrañas a sus tradiciones jurídicas, en definitiva podría decirse que por falta de un criterio político-jurídico unánime de Europa⁶⁴, se han bloqueado determinadas directivas⁶⁵, e igualmente, el estatuto de SE definitivamente aprobado por el Consejo Europeo dista mucho de ser un modelo integrador de regulación europea en materia de sociedades. Efectivamente, el texto aprobado conserva la naturaleza auténticamente comunitaria en escasas materias y contiene una remisión continuada, en muchos aspectos, a lo que los legisladores nacionales establezcan para las SE que se domicilien en su territorio y, en última instancia, a lo previsto en las legislaciones nacionales para sus sociedades anónimas.

Una pregunta surge ante esta regulación: ¿podemos considerar que realmente el estatuto de SE es una normativa de Derecho europeo? Indudablemente, por la forma en que se ha adoptado este estatuto, mediante reglamento del Consejo, constituye normativa jurídico comunitaria de aplicación directa en todos los Estados miembros; pero si examinamos su contenido, el rigor de esta apariencia desaparece ante las continuas remisiones que se hacen a lo que los legisladores nacionales establezcan y, en su caso, a lo determinado sobre las sociedades anónimas en las legislaciones nacionales⁶⁶.

Poco queda de las ideas del profesor Sanders, puesto que aunque actualmente contamos con un estatuto relativo a la SE de aplicación en todos los Estados miembros, la aclamada unidad de Derecho y por ende de interpretación jurídica se quiebra, ya que nos encontramos en el territorio de la UE con una multiplicidad de SE, tantas como países la componen, reguladas en múltiples materias, por lo que los legisladores nacionales hayan establecido o, en última instancia, por la legislación que sea de aplicación a las sociedades anónimas nacionales.

reglamentos se distinguen por afectar a las sociedades de Derecho europeo, sin perjuicio de los correspondientes complementos que, en su caso, hayan de dictarse dentro de cada ordenamiento nacional”.

⁶⁴ Los Estados miembros se resisten, como viene sucediendo desde los primeros movimientos integradores europeos, a acometer una unidad político-jurídica de Europa, pues el miedo a perder aunque sea una ínfima parte de su soberanía impide esta integración.

⁶⁵ Es el caso de la Quinta Directiva del Consejo de 9 de octubre de 1972, relativa precisamente, a los órganos de gestión y que imponía el sistema dualista de administración para las sociedades anónimas, así como la implantación obligatoria de representantes de los trabajadores en el órgano de vigilancia de aquellas sociedades que empleasen a quinientos trabajadores o más; imposición a la que se resistían los Estados miembros que desconocían el sistema dual en sus ordenamientos jurídico-societarios. Concretamente, el considerando séptimo recogía que “en lo concerniente a la organización de la administración de esta sociedad (se está refiriendo a la sociedad anónima) existen actualmente dos sistemas diferentes en la Comunidad; que uno de estos sistemas prevé un órgano de administración mientras que el otro establece dos, a saber, uno de dirección encargado de la gestión social y otro encargado del control del órgano de dirección; que en la práctica, incluso en el sistema que sólo prevé un órgano de administración, se establece de hecho una distinción entre miembros «activos» que dirigen la sociedad y miembros «pasivos» que se limitan a la vigilancia; que para delimitar claramente las responsabilidades de las personas encargadas respectivamente de una u otra de las funciones indicadas es preferible atribuir estas a órganos distintos; que además, el sistema dualista, por su naturaleza, facilita la constitución de sociedades anónimas por socios o grupos de socios de Estados miembros diferentes y por ello la interpenetración de empresas en la Comunidad; que a este fin la introducción del sistema dualista a título simplemente facultativo no bastaría y que es preciso, al contrario, imponer esta estructura a todas las sociedades anónimas”.

⁶⁶ Ahora bien, debo puntualizar que, durante este largo proceso de gestación de la SE se ha producido una armonización de las diversas legislaciones de los Estados miembros a través de las directivas aprobadas en materia societaria, lo que sin duda, ha contribuido a limar muchas de las diferencias existentes.

2. CONGRESO INTERNACIONAL PARA LA CREACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE TIPO EUROPEO. PROMOVIDA POR EL COLEGIO DE ABOGADOS DE PARÍS.

En 1960, la idea de crear una SE fue debatida por los abogados franceses en un Congreso que se denominó Congreso Internacional para la creación de una Sociedad de Tipo Europeo (CISTE).

Jean Rault, en la ponencia que efectuó en dicho Congreso⁶⁷, señaló que la misión asignada por el Tratado de Roma a la CEE de establecer un Mercado Común que propiciara el desarrollo de las actividades económicas en el territorio comunitario tropezaba con obstáculos psicológicos, políticos, económicos, jurídicos y fiscales como consecuencia de la diversidad de legislaciones, e indudablemente, para un funcionamiento adecuado del Mercado Común era necesaria la supresión o, al menos, la reducción de estos obstáculos. Consideraba que el Tratado de Roma no aportaba soluciones prácticas para la consecución de este objetivo, conteniendo, simplemente, una declaración de intenciones.

Además apuntaba que en relación con las sociedades no debía de olvidarse que cuando se constituía una sociedad no sólo se estaba concluyendo un contrato, sino que también se estaba creando una persona jurídica generadora de múltiples y complejas relaciones jurídicas. Estas personas jurídicas concentraban en sus manos grandes capitales y eran generadoras de un importante número de puestos de trabajo, detentando, por tanto, un gran poder económico, lo que justificaba, incluso en las economías más liberales, la intervención del Estado mediante la correspondiente regulación normativa. Por lo tanto se debía establecer la normativa adecuada para resolver los conflictos que pudieran suscitarse en las relaciones internacionales y se debía de buscar la forma jurídica más adecuada para favorecer la concentración de capitales, condición necesaria para el éxito del Mercado Común⁶⁸. Según señalaba el profesor Rault dos eran las soluciones que podían proponerse a estos efectos:

- El establecimiento de una ley uniforme de sociedades. En efecto, la unidad legislativa en las relaciones internacionales parecía, en principio, una buena solución, puesto que evitaría conflictos⁶⁹. Una ley de este tipo supondría la unidad legislativa en las relaciones internacionales. Sin embargo cabía preguntarse si dicha uniformidad era económicamente deseable y si en el estado en que se encontraban las relaciones internacionales era razonable establecer una ley de estas características. Una reflexión sobre estos extremos llevaba a dudar de la oportunidad de establecer una ley uniforme. En efecto, los tipos de sociedades establecidos por los diferentes Estados de la CEE dependían, en gran medida, de lo que demandasen las diferentes economías nacionales, y además se fundamentaban en ancestrales tradiciones que se habían conformado en función de la costumbre, la política social, la producción, etc.; a mayor abundamiento, en el marco de la CEE había que tener en cuenta que las empresas que tenían una actividad supranacional eran un número determinado y, por tanto, las dificultades que se obviaban con una ley de este tipo sólo interesaban a éstas, mientras que la inmensa mayoría de empresas, al tener una actividad nacional, no necesitaban esa uniformidad.

⁶⁷ RAULT, J., "Pour la création d'une société commerciale de type européen", *Revue trimestrielle de Droit Commercial*, Tomo XIII, 1960, págs. 741-776.

⁶⁸ Jean Rault consideraba que, por estos motivos, la sociedad de tipo europeo debía adoptar la forma de sociedad anónima. Concretamente señalaba que la sociedad anónima constituía la fórmula jurídica más adecuada para favorecer la concentración de capitales y con ello el éxito del Mercado Común. Véase RAULT, J., "Pour la création d'une société commerciale de type européen", ya cit., pág. 745.

⁶⁹ Esta afirmación no es del todo exacta, ya que aunque la unidad legislativa, indudablemente, podía evitar la generación de conflictos, sin embargo la interpretación de esta ley uniforme, por parte de los diferentes Estados, podía dar lugar a divergencias.

Por todo ello, no parecía adecuado modificar un régimen jurídico para facilitar la actividad y funcionamiento de una minoría, máxime teniendo en cuenta que la elaboración de una ley uniforme suponía, en alguna medida, la exigencia de abandonar una parte de la soberanía de los Estados, con la consiguiente resistencia y rechazo de éstos, por lo que parecía más conveniente buscar un sistema que permitiera mantener las disposiciones de carácter nacional para las sociedades cuya actividad no rebasase las fronteras nacionales y, en este sentido, lo que se propuso fue sentar las bases para la regulación de una sociedad anónima de tipo europeo que tuviera carácter opcional.

- La creación de una sociedad de tipo europeo, regida por un Derecho europeo, presentaba ventajas de tipo psicológico, al no tener que elegir entre los diversos ordenamientos jurídicos en los supuestos de creación de filiales, fusiones o constituciones por socios de diferente nacionalidad; igualmente presentaba ventajas en el terreno económico, al facilitar su organización y la resolución de los problemas financieros. Desde el punto de vista jurídico se evitarían los conflictos de leyes, pues la SE estaría regulada por el mismo y único estatuto jurídico en todos los Estados de la CEE, este estatuto regiría la constitución, el funcionamiento, la disolución y la liquidación de las SE. A estos efectos el legislador europeo debería dejar de lado soluciones tradicionales caducas y escoger de las legislaciones nacionales aquello que considerara mejor, sin que dicha elección quedara limitada a lo previsto en los ordenamientos jurídicos vigentes en los países miembros de la CEE. Así, la SE parecía el instrumento jurídico más apropiado para la realización de los fines de la CEE y además, este nuevo tipo societario resultaba ser el más adecuado para permitir la libre circulación de personas, servicios y capitales, según lo previsto en el Tratado de Roma⁷⁰.

La aprobación del estatuto jurídico que regularía la SE se efectuaría mediante un Convenio interestatal⁷¹; el estatuto así aprobado sería de general aplicación a todas las sociedades que se decantasen por la elección de este nuevo tipo societario.

Expuesto cuanto antecede, cabía preguntarse si un proyecto de estas características era realizable. Sin duda tropezaría con dificultades de orden político, jurídico y fiscal, entre otras.

En principio, las dificultades de orden político no parecía que fueran insuperables, puesto que, en todo caso, la cesión de la correspondiente parte de soberanía, que sería exigible en un proyecto de este tipo, quedaría limitada a un sector determinado de la economía⁷². Sin embargo, en el orden jurídico se presentaban mayores dificultades, puesto que la institución de una SE sobrepasaba las atribuciones que el Tratado otorgaba al Consejo ya que éste no tenía poderes de decisión, estando facultado, solamente, para llevar a cabo la aproximación de las diversas legislaciones mediante directivas⁷³. En consecuencia, no quedaba otro remedio que acudir a un Convenio internacional.

⁷⁰ En efecto, el artículo 3 del Tratado de Roma señalaba que con el fin de alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará... c) un Mercado Interior caracterizado por la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas servicios y capitales.

⁷¹ Si bien, salvando los inconvenientes con los que anteriormente nos encontrábamos en la constitución de las antiguas sociedades de este tipo, ya que eran constituidas mediante un convenio específico al que se unían las normas que las regulaban y además, con carácter subsidiario, quedaban sometidas a una Ley nacional (generalmente la del lugar de establecimiento). Estos dos extremos hacían que no se generalizase la fórmula para todas las sociedades que optaban por una solución de este tipo.

⁷² Qué equivocados estaban, puesto que el sector de la economía relativo a las empresas cuya actividad rebasa las dimensiones de un mercado nacional es un sector de peso en la marcha económica de cualquier país que, indudablemente, genera reticencias a cualquier tipo de cesión, por miedo a problemas de deslocalización de empresas, de generación de empleo, etc.

⁷³ En efecto, el artículo 100 del Tratado de Roma establecía que “el Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y

En cuanto a la normativa reguladora de esta figura, apuntaba el profesor Rault que los más escépticos argumentaban que un estatuto acordado en virtud de un Convenio internacional era un instrumento que entrañaba cierta rigidez, pero en contra de esta opinión se podía constatar que en la práctica no se daba esa rigidez, puesto que había Convenios que se revisaban con cierta periodicidad con el fin de adaptarlos a la evolución de las necesidades económicas. Otro problema lo constituía la interpretación por parte de las jurisdicciones nacionales que, sin duda, podía dar lugar a diferencias; la forma de resolver este problema sería someter las controversias que pudieran surgir a Tribunales internacionales.

De todas formas, lo que este Congreso pretendía no era elaborar un estatuto sobre la SE; su intención era realizar sugerencias tendentes a reducir los problemas que podría conllevar este tipo societario y tratar de establecer las reglas más adecuadas para ello, con el fin de cumplir los objetivos impuestos por el Tratado de Roma. En definitiva, se trataba de estudiar tanto las dificultades con las que pudieran encontrarse, como sus posibles soluciones

En relación con la administración de la sociedad, y teniendo en cuenta su regulación en los países de la CEE, podía decirse que, en general, las sociedades anónimas estaban regidas por un poder supremo (Junta general de accionistas) y por un poder de decisión con distintos órganos (Consejo de administración, Dirección). El mayor problema que se presentaba en esta materia era definir los órganos de gestión, determinar su composición y precisar sus poderes.

Continuaba el profesor Rault diciendo que una vez expuestos los principales problemas, que debían tomarse en consideración por el Congreso, sólo restaba esbozar las posibles soluciones y apuntaba tres propuestas:

- La elaboración un código completo sobre la SE que rigiera todos sus aspectos.
- En el supuesto de que no se pudiera llegar a un acuerdo para elaborar un código de este tipo, los puntos sobre los que no se lograra un acuerdo unánime se someterían, con carácter subsidiario, a la ley del domicilio social.
- Se podría también considerar que las materias controvertidas fueran sometidas a la autonomía de la voluntad, restituyendo de esta manera parte del dominio que las leyes nacionales habían sustraído.

En contra de lo expuesto en este Congreso creo que las dificultades de orden político han supuesto un lastre en todo el proceso de elaboración del estatuto de la SE. La idea de ceder parte de la soberanía en un terreno tan importante como el económico no ha sido bien aceptada; surge el miedo a un desmembramiento del tejido empresarial y a la posible deslocalización de empresas, sin olvidar que puede producirse una merma de ingresos por vía fiscal. Igualmente, los legisladores europeos no han podido afrontar el reto de regular este nuevo tipo societario con amplitud de miras y de modo progresista, dejando atrás las más rancias tradiciones, puesto que los diversos Estados han mostrado una voluntad reacia a renunciar a sus tradiciones jurídicas y, en consecuencia, han rechazado los diversos proyectos. Por ello, finalmente, se ha buscado una solución pragmática y el estatuto definitivamente aprobado es fruto de un compromiso político.

Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del Mercado Común” y el artículo 54.3.g) de dicho Tratado recogía que “el Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, en particular: ... g) coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58, para proteger los intereses de socios y terceros...”.

De todas formas, no se puede negar que tanto el Notariado como la Abogacía franceses tuvieron el mérito de buscar las soluciones más adecuadas para la consecución de los fines propuestos en el Tratado de Roma, exponiendo los problemas y posibles soluciones a la opinión pública. Esta cuestión no dejó indiferente ni a las autoridades públicas⁷⁴, ni a los juristas de la época⁷⁵, ni a la Comisión de la Comunidad, que consideraba que “el proyecto... merecía una atención muy particular” y que “su ejecución podía facilitar considerablemente la realización de los objetivos del Tratado”⁷⁶.

3. NOTA DEL GOBIERNO FRANCÉS SOBRE LA CREACION DE UNA SOCIEDAD DE TIPO EUROPEO

Puede decirse que el tema de la SE comenzó a tratarse de una manera oficial en el año 1965⁷⁷ a través de una nota del Gobierno Francés (*Note du Gouvernement Française sur la creation d'une société commerciale de type européen*)⁷⁸.

En dicha nota el Gobierno francés consideraba que la diversidad de legislaciones era un obstáculo para conseguir la unión económica necesaria para la construcción de un Mercado Común. La coordinación de los diversos sistemas legislativos, propuesta por el Tratado de Roma, constituía un camino dificultoso y los resultados que podían obtenerse no dejaban de ser parciales, por lo que, sin renunciar al proceso armonizador, resultaba necesario, para acelerar el proceso de integración, elaborar un Derecho nuevo con carácter uniforme.

La idea de recurrir a la elaboración de un nuevo Derecho comunitario en materia societaria, independiente de los Derechos nacionales, parecía complicada de llevar a la práctica, siendo su aplicación difícil en el marco institucional existente; además, esta solución no se podía acometer a corto plazo; la elaboración de un Derecho comunitario requería tiempo. Por todo ello el Gobierno francés propuso crear una sociedad de tipo europeo mediante una ley uniforme que se incorporaría a las legislaciones nacionales; esta ley regularía el nuevo tipo societario que pasaría a engrosar el catalogo de sociedades ya existentes en cada ordenamiento nacional. Con un proyecto de este tipo se cumplirían los objetivos generales del Tratado de Roma y se alentaría la concentración empresarial, posibilitándose además, la libertad de establecimiento.

⁷⁴ El Comité encargado en el Ministerio de Hacienda y de Asuntos Económicos de estudiar los problemas jurídicos suscitados en materia mercantil por la aplicación del Tratado de Roma estudió en profundidad esta cuestión.

⁷⁵ Se llevaron a cabo en esa época importantes estudios, tanto por juristas franceses como por juristas de otras nacionalidades. En éste sentido cabe citar el artículo de VASSEUR, M., “Algunos argumentos en pro de una sociedad de tipo europeo”, publicado en la *Revista de Derecho Mercantil*, número 92, abril-junio 1964, págs. 229-252 y en la *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, volumen LXII, año 1964, págs. 83-99.

⁷⁶ Respuesta de 1 de diciembre de 1959 a una interpelación escrita, concretamente a la número 47, presentada por M. Lichtenauer el 3 de noviembre de 1959. Véase JOCE de 19 de diciembre de 1959, pág. 1272, que puede consultarse en la siguiente pág. web:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:P:1959:065:1271:1272:FR:PDF>.

⁷⁷ La nota del Gobierno francés sobre la creación de una sociedad de tipo europeo fue presentada a la Comisión de la CEE el 15 de marzo de 1965.

⁷⁸ La *Note du Gouvernement Française sur «la creation d'une société commerciale de type européen»*, fue publicada en la *Rivista delle società*, 1966, págs. 1091 y ss.

Se consideran sociedades de tipo europeo aquellas cuya legislación aplicable está contenida en una ley uniforme que, mediante las correspondientes convenciones entre Estados, se adapta e incorpora a las legislaciones nacionales. En consecuencia, las sociedades de tipo europeo constituirán un tipo más de sociedad dentro de las reguladas en las diversas legislaciones nacionales, pero que estarán regidas por una ley uniforme cuyas lagunas serán cubiertas acudiendo al Derecho nacional.

El debate y los acuerdos relativos a las disposiciones que debía contener esta ley uniforme en materia de gestión, teniendo en cuenta que los ordenamientos jurídicos nacionales de los seis países conocían una Junta general y una Dirección, deberían centrarse en la posibilidad de establecer un órgano intermedio de control⁷⁹. También se podrían estudiar determinadas variaciones sobre esta proposición, como sería establecer o no establecer este órgano de control, en función de que la sociedad fuera una sociedad admitida o no a cotización. La ley uniforme propuesta por el Gobierno francés sería adoptada mediante Convenio interestatal, debiendo los Estados miembros introducir esta ley uniforme en sus legislaciones internas; la interpretación de la misma quedaría sometida a las jurisdicciones nacionales, pero sería necesaria una armonización de éstas para garantizar una interpretación uniforme de sus disposiciones.

La propuesta del Gobierno francés, consistente en que la sociedad anónima de tipo europeo se insertara en el cuerpo legislativo nacional de cada país como un tipo más que se unía a los ya existentes, pero con la característica de ser idéntica en cada uno de los seis países miembros de la CEE, me lleva a reflexionar sobre el hecho de que, indudablemente, una sociedad de estas características podría ser considerada como europea en tanto en cuanto existiría el mismo tipo de sociedad en cada uno de los seis Estados miembros que, además se regiría por las mismas reglas en cada uno de dichos Estados, aunque en puridad de términos jurídicos seguiría siendo una sociedad francesa, belga, etc., eso sí, revestida a la europea.

El 1 de diciembre de ese mismo año 1965, la Comisión presentó un memorándum⁸⁰ sobre los problemas de las concentraciones en el Mercado Común. Este memorándum, dividido en tres partes. Hacía referencia, en la primera de ellas, a los problemas económicos relativos a la concentración de empresas; en la segunda estudiaba los efectos, tanto negativos, como positivos del Derecho societario y fiscal en materia de concentración de empresas⁸¹; por último, en la tercera parte se estudiaban los efectos de la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma en relación con la concentración de empresas.

4. MEMORÁNDUM DE LA COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA SOBRE LA CREACIÓN DE UNA SOCIEDAD COMERCIAL EUROPEA

Recogiendo la idea propuesta por el Gobierno francés en su nota de 15 de marzo de 1965, la Comisión elaboró un memorándum sobre la SE que presentó al Consejo el 22 de abril de 1966⁸². En este memorándum la Comisión hacía referencia a los problemas económicos que conllevaba el establecimiento de un Mercado Común y a las formas

⁷⁹ Sistema seguido en Alemania. En efecto, en Alemania se contempla un sistema de administración dual con un órgano de dirección y un órgano de vigilancia, de forma que el Consejo de vigilancia (*Aufsichtsrat*) es el órgano encargado del nombramiento, de la supervisión y control de Junta directiva (*Vorstand*) que es el órgano ejecutivo. En consecuencia, se da una clara separación de funciones entre ambos órganos; al órgano de dirección le competen funciones de gestión y representación frente a terceros y al órgano de vigilancia funciones de vigilancia, control y supervisión.

⁸⁰ Este memorándum está publicado en *Rivista della società*, 1966, págs. 1182 y ss.

⁸¹ Concretamente en el apartado II.2 se contemplaba la figura de una sociedad comercial europea con un estatuto europeo como una solución viable para la concentración de empresas en el ámbito del Mercado Común, y a mayor abundamiento se señalaba que esta forma jurídica facilitaría enormemente la transferencia de sede de un país a otro; textualmente se recogía que “*Tale forma giuridica renderebbe superfluo sotto il profilo del diritto delle società il problema del trasferimento della sede, giacché la sede non costituirebbe più uno degli elementi di collegamento con l’ordinamento giuridico interno. Il trasferimento della sede «da un paese a un altro» equivarrebbe al trasferimento nell’ambito di un ordinamento interno*”. Véase el memorándum de la Comisión de la CEE sobre el problema de la concentración en el Mercado Común de 1 de diciembre de 1965, ya cit., pág. 1193.

⁸² El Memorándum de la Commission de la Communauté européenne sur la création d’une société commerciale européenne está publicado en *Rivista della società*, 1966, págs. 1095 y ss.

jurídicas que debían ponerse a disposición de los operadores económicos para la resolución de dichos problemas. Consideraba que la Comunidad tenía como objetivo económico adaptar las dimensiones de las empresas al nuevo mercado, posibilitando que éstas pudieran extender sus actividades a todo el territorio comunitario, consiguiendo de esta forma una mayor competitividad a nivel mundial. A estos efectos se examinaban diversas opciones: en primer lugar las medidas contenidas en el Tratado de Roma, si bien, se consideraba que no eran suficientes para colmar las exigencias económicas del nuevo mercado, ni para lograr la unificación del Derecho de sociedades⁸³. Además, el Tratado de Roma no contemplaba la vía del Reglamento del Consejo como instrumento para la unificación⁸⁴.

En cuanto a la propuesta del Gobierno francés de introducir una ley uniforme en los ordenamientos jurídicos de los seis Estados miembros, aunque sin duda constituía un progreso, sin embargo, tenía a juicio de la Comisión Europea varios defectos: en primer lugar al tener el tipo de SE propuesto carácter nacional, sería este Derecho el que se aplicaría con carácter subsidiario, por lo que al ser los Derechos nacionales diferentes no se produciría la identidad total de las SE de los seis Estados miembros. Además la Comisión consideraba que una sociedad de este tipo no resolvería adecuadamente los problemas que planteaban el cambio de domicilio y las fusiones internacionales. En consecuencia, la Comisión consideró que era más conveniente que la SE fuera una sociedad de Derecho europeo.

De esta forma, concibiendo la SE como una sociedad de Derecho europeo, su estatuto surgiría de una Convención de los Estados miembros para integrar el Tratado de Roma, a fin de realizar los objetivos de éste; además, la Convención surtiría directamente efectos en todos los Estados miembros. Esta forma societaria sería reconocida en todos ellos, se aplicaría con carácter subsidiario el Derecho comunitario y jurisdiccionalmente se sometería a la Corte de Justicia de la Comunidad. El cambio de domicilio no implicaría la necesidad de cambiar el Derecho aplicable, pues éste seguiría siendo el Derecho europeo. En los supuestos de creación de una nueva sociedad por fusión, al ser ésta una sociedad supranacional, se evitarían los problemas psicológicos derivados de elegir el Derecho aplicable a la nueva sociedad entre los Derechos correspondientes a las sociedades que se fusionaban⁸⁵.

No obstante, la Comisión consideró conveniente estudiar con mayor profundidad esta temática y, ese mismo año, por un lado, encargó al Profesor Sanders la elaboración, con la ayuda de cinco expertos⁸⁶, de un proyecto de estatuto de SE y, por otro lado, el 7 de octubre de 1966, el Comité de Representantes Permanentes (COREPER) encargó a un grupo de trabajo que estudiara la oportunidad de crear una SE y, en caso afirmativo, se le pidió que estudiase los problemas que derivarían de su creación.

⁸³ Efectivamente, los artículos 54.3.g) y 100 del Tratado de Roma hacían referencia a medidas de coordinación y a la adopción de las correspondientes directivas que, indudablemente, son un instrumento de aproximación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros pero que dejan un amplio margen de transposición y, por lo tanto, no se consigue con ellas la unificación de Derecho.

⁸⁴ Según lo establecido en el artículo 220 del Tratado de Roma: “los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí...”. Indudablemente, este artículo hacía referencia a los Tratados internacionales.

⁸⁵ Véase MINERVINI, G., “Alcuni problema connessi alla creazione di una società di tipo europeo”, *Rivista delle società*, 1966, págs. 986 y ss.

⁸⁶ Los cinco expertos eran: Me. Arendt, abogado de Luxemburgo; Ernst Von Caemmerer, profesor de Derecho de la Universidad de Fribourg-en-Bisgau; Léon Dabin, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lieja; Gabriel Marty, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toulouse y Gustavo Minervini, profesor de Derecho comercial de la Facultad de Economía y Comercio de la Universidad de Nápoles. Véase GLEICHMANN, K. y CATHALA, T., «*Le statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la commission des communautés européennes*», ya cit., pág. 13 y BLANQUET, F., “Enfin la société européenne «la SE»”, *Revue du droit de l'union européenne*, número 1, 2001, pág. 68.

5. EL PROYECTO SANDERS

En diciembre de 1966, el grupo de expertos presidido por el profesor Pieter Sanders concluyó su trabajo y presentó un proyecto de estatuto de SE⁸⁷. Dicho proyecto, que contenía trece títulos, regulaba las cuestiones relativas a la constitución, el funcionamiento, la administración, la fusión y, la disolución y liquidación de este nuevo tipo societario. En relación con el acceso a este nuevo tipo social, el Proyecto Sanders mostraba una tendencia liberal, ya que no exigía que la SE tuviera vocación europea; incluso se ofrecía la posibilidad de acceso a este tipo social a sociedades constituidas con arreglo a Derecho de terceros Estados⁸⁸, si bien, esa tendencia liberal quedaba matizada por el hecho de que la SE debía de nacer ligada a un procedimiento de concentración o por transformación de una sociedad ya existente; no recogía la posibilidad de que pudiera fundarse por personas físicas, e igualmente tampoco recogía la constitución *ex novo* por personas físicas o jurídicas. Al parecer, el profesor Sanders consideraba que permitir la constitución de una SE en estos casos entrañaba grandes dificultades para apreciar su capacidad económica⁸⁹.

El Proyecto Sanders tuvo, sin duda, el mérito de dar forma a las ideas que se venían desarrollando en torno a la SE; con la publicación de este estatuto se pusieron de relieve las cuestiones que entrañaban una mayor dificultad permitiendo, tanto a los políticos, como a los juristas, centrar sus discusiones, en torno al posible contenido de un estatuto ideal de SE, en los puntos más importantes⁹⁰.

6. EL CONGRESO DE DEAUVILLE

Los días 13 a 15 de abril de 1967 tuvo lugar, en Deauville, un Congreso para el estudio y debate de diversos aspectos de la SE, bajo el título: “*Vers la société de type européen*”⁹¹. En la introducción de dicha ponencia se resumían las líneas fundamentales del memorándum presentado por la Comisión Europea al Consejo, el 22 de abril de 1966 (recordemos que el memorándum se inclinaba por la creación de una sociedad de Derecho europeo) y para un mejor estudio de los diversos aspectos de una sociedad de este tipo se crearon cuatro comisiones.

La primera de ellas tenía por objeto “*Droit au titre et au statut de la société européenne*” y formuló las siguientes propuestas: fomentar y facilitar la promoción de una sociedad de tipo europeo a fin de estimular la actividad económica de los países comunitarios; reservar esta figura societaria para las sociedades anónimas; facilitar el acceso de las medianas empresas a este tipo societario; descartar que se fijaran de antemano condiciones que tuvieran como finalidad reservar el derecho de crear una sociedad de tipo europeo a las personas jurídicas; exigir que las sociedades que adoptasen este estatuto

⁸⁷ Véase SANDERS, P., “*Projet d’un Statut des sociétés anonymes européennes*”, CEE, Serie Concurrence, número 6, 1967.

⁸⁸ Artículos I-2 y I-3 del Proyecto Sanders (permite la creación de una filial común también por sociedades anónimas constituidas con arreglo al Derecho de países distintos a los de los miembros de la Comunidad).

⁸⁹ Véase ZURITA y SÁENZ DE NAVARRETE, J., “La integración económica en la CEE y el acceso a la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., págs. 47-48. En opinión de este autor, si lo que realmente interesaba era la solvencia económica de la sociedad, podía conseguirse exigiendo un capital mínimo con desembolso íntegro y exigiendo un informe-certificación de expertos contables que garantizaran dicho extremo, en cuyo caso, sería irrelevante, a dichos efectos, que los fundadores fueran personas físicas o sociedades anónimas.

⁹⁰ GLEICHMANN, K. y CATHALA, T., “Le statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la commission des communautés européennes”, ya cit., págs. 13-14.

⁹¹ Este Congreso se celebró por iniciativa del Colegio de Abogados de París como continuación al que se había celebrado en París los días 16 a 18 de junio de 1960, bajo el título “*Pour la création d’une société commerciale de type européen*”, también a iniciativa de dicho Colegio.

tuvieran una vinculación con la Comunidad Europea y que establecieran una sede social efectiva en un país de la Comunidad.

La segunda comisión abordó los problemas relacionados al “*naissance de la personne morale*” y formuló varias propuestas: la constitución de la sociedad de tipo europeo debía someterse a un control previo por una autoridad judicial común en lo que concernía a las condiciones de legalidad de la constitución; la publicidad de la constitución de la SE y las modificaciones estatutarias debían de hacerse mediante la inscripción en un registro central europeo y, a título complementario, en un registro nacional y además debía de anunciarse en los diarios de los lugares donde la sociedad tuviera el domicilio social y sucursales, agencias o establecimientos; también debían anunciarse los nombres de los representantes de la SE y los balances y cuenta de explotación; la personalidad jurídica de la SE se reconocería en el momento en que se inscribiera en el registro europeo; las obligaciones y la responsabilidad de los fundadores se debían de regir por el Derecho comunitario, aunque la SE no estuviera definitivamente constituida y por el solo hecho de haber manifestado éstos su intención de constituir una SE.

La tercera comisión tenía por objeto los “*Problèmes de droit social liés à la société européenne*” y por mayoría se aprobó la siguiente moción: considerando que la cogestión se recogía en la legislación de algunos Estados miembros, mientras que en otros se desconocía este sistema y que incluso entre los Estados miembros que reconocían la cogestión la regulación de la misma se hacía de diferentes maneras, considerando que, por tanto, esta temática constituía un obstáculo para la creación de una SE, considerando que las soluciones debían de buscarse sin prejuzgar el valor de esta política social, el Congreso estimó que la solución más simple, teniendo en consideración la diferencia de regímenes, era prever la cogestión sólo en las sociedades en las que la mayor parte del personal o de los establecimientos se encontraran situados en territorio de un Estado que recogiera la cogestión en su legislación; que esta regla europea pudiera, a fin de cuentas, operar en función de la legislación de un determinado país dependería de la elaboración de una fórmula específicamente europea de cogestión, sin que en ese momento fuera posible optar por uno u otro procedimiento. Se consideraba conveniente que, a partir de ese momento, se emprendieran estudios que presentaran diferentes formas de participación de los trabajadores en la gestión de la SE, ya fuera de forma reglamentaria o por la vía de la negociación colectiva.

La cuarta comisión tenía por objeto la “*Unité d’interprétation*” y presentó la siguiente conclusión: la interpretación de las reglas propias de la sociedad de tipo europeo debía estar sometida a un procedimiento que asegurase la unidad en todos los Estados miembros. Una garantía esencial de esta unidad de interpretación consistía en reservar a una jurisdicción especial competencias exclusivas para conocer las cuestiones que pudieran suscitar la interpretación de estas normas. Esta cuarta comisión del Congreso propuso confiar a una jurisdicción única, común a todos los Estados miembros, el conocimiento exclusivo de las cuestiones de interpretación del Derecho propio de las sociedades de tipo europeo. Esta jurisdicción podría incorporarse a la Corte de Justicia de la Comunidad⁹².

⁹² En relación con el Congreso de Deauville puede consultarse: BIAMONTI, E., “Il congresso di Deauville sulla società di tipo europeo o di diritto europeo”, *Rivista della società*, 1967, págs. 725-730.

7. INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO INTERGUBERNATIVO PARA LA SOCIEDAD COMERCIAL EUROPEA

El 26 de abril de 1967, el grupo de trabajo, designado el 7 de octubre de 1966 por el COREPER, presentó su informe al Consejo de Ministros de la CEE⁹³. En el citado informe se hacía referencia al proyecto Sanders para indicar que no había sido objeto de un metódico estudio por habérselo entregado cuando ya habían comenzado sus reuniones⁹⁴, por lo que dicho informe no constituía una crítica favorable o contraria al Proyecto Sanders, limitándose a recoger el parecer que sobre los diversos temas que surgían en torno a la SE tenían los representantes de los Estados miembros y de la Comisión de la CEE.

En cuanto a su estructura, el informe se dividía en dos partes: en la primera se estudiaba la oportunidad de crear una SE y en la segunda los problemas que podían surgir en torno a la creación de dicha figura societaria⁹⁵; a su vez, esta segunda parte se dividía en once capítulos. El Capítulo I hacía referencia al acceso a la SE, el II al capital mínimo, el III a los fundadores y, en relación con esta temática, los representantes de todos los Estados miembros estaban de acuerdo en considerar que, en principio, tanto las personas físicas, como las jurídicas debían poder fundar una SE, pero no adoptaban postura alguna sobre los lazos económicos o jurídicos que debían ligar a los fundadores con la Comunidad⁹⁶.

Los representantes mantenían diferentes posturas en torno a si la forma jurídica de SE debía reservarse exclusivamente a las sociedades que fueran a ejercer una actividad a nivel europeo⁹⁷, por lo que la Comisión se reservó el tomar una postura sobre esta materia⁹⁸.

Por lo que respecta al capital, todas las delegaciones estaban de acuerdo en que era necesario establecer una cifra de capital mínimo, aunque, unas entendían que la cuantía no podía fijarse hasta que se tomara una postura definitiva sobre el acceso, otras señalaban una cifra similar a la exigida para la constitución de las sociedades anónimas en su Derecho nacional, y otras estimaban, a pesar de estar de acuerdo en que la determinación de la cuantía dependía del tema del acceso, que la cifra que debía fijarse para el capital de

⁹³ Informe publicado bajo el título “*Rapporto del Gruppo di lavoro intergovernativo per la società commerciale europea*” en *Rivista delle società*, 1967, págs. 699 y ss.

⁹⁴ Véase el “*Rapporto del Gruppo di lavoro intergovernativo per la società commerciale europea*”, ya cit., pág. 724, donde se recoge que “la Comisión ha puesto a disposición del Grupo el «proyecto de estatuto de la sociedad europea» (Societas europea) redactado por el profesor Sanders, a petición de la Comisión, con la asistencia de un grupo de expertos (diciembre 1966). Este proyecto fue presentado a título informativo y no ha sido objeto de examen metódico en el seno del grupo”.

⁹⁵ Esta estructura, está en consonancia con el mandato que este grupo de trabajo recibió al ser nombrado por el COREPER el 7 de octubre de 1966.

⁹⁶ Véase el “*Rapporto del Gruppo di lavoro intergovernativo per la società commerciale europea*”, ya cit., pág. 708, donde además se señala que el representante de la Comisión ha reservado la posición que la propia institución tiene sobre la posibilidad de que tanto las personas físicas como jurídicas puedan fundar una SE y se considera que dicha posición puede verse influenciada por las complicaciones que resultarían para la elaboración del estatuto si se incluyera a las personas físicas. Asimismo, el grupo se muestra de acuerdo en prever la posibilidad de permitir la creación de una SE por parte de un solo fundador, siempre que éste sea una persona jurídica, si bien en tal caso convendrá examinar en profundidad las posibles responsabilidades de la sociedad matriz en relación con las deudas de la sociedad filial.

⁹⁷ Las delegaciones de Francia y Bélgica adoptaban una postura liberal, contraria a tal exigencia; sin embargo los alemanes se mostraban favorables a exigir la vocación europea; a esta posición se adherían, en un principio, los representantes de Italia y Luxemburgo; por otro lado, la representación holandesa mostraba una postura ecléctica.

⁹⁸ Véase ZURITA y SÁENZ DE NAVARRETE, J., “La integración económica en la CEE y el acceso a la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., págs. 48-49.

constitución no debía de ser inferior a la exigida para la admisión de acciones a cotización bursátil⁹⁹.

El Capítulo IV de la segunda parte del informe del grupo de trabajo intergubernativo para la sociedad comercial europea hacía alusión al control de legalidad en la constitución¹⁰⁰, a la autoridad a la que se debía atribuir tal competencia¹⁰¹ y al registro y publicidad de la SE¹⁰².

En el Capítulo V se hacía una breve referencia a los órganos de gestión de la SE, teniendo en cuenta las diversas legislaciones se podían distinguir tres tipos de órganos de gestión: un órgano de administración, un órgano de vigilancia y la Junta general, y consideraban este sistema adecuado para la SE, aunque se cuestionaban las competencias que debían de asignarse a cada órgano, resultando interesante, en el momento de atribución de competencias, resolver si se iba a poner un mayor énfasis en la Asamblea o por el contrario en el órgano de gestión. El grupo de trabajo se inclinaba por esta segunda posibilidad, pero reconociendo que, por otro lado, cierto número de legislaciones otorgaban ese reconocimiento a la Asamblea general, consideraban que era necesario asegurar una protección suficiente a las minorías y prever una responsabilidad apropiada de los administradores. En definitiva, se proponía una estructura organizativa basada en tres órganos: Dirección, Vigilancia y Asamblea, acentuando en la distribución de facultades la posición de los órganos administrativos.

El Capítulo VI estaba dedicado a la representación de los trabajadores en los órganos de gestión de la SE; el grupo de trabajo consideraba que técnicamente era un problema resoluble pero que implicaba una decisión de carácter político, puesto que la implicación de los trabajadores se trataba de forma muy diferente en los países miembros; así, en Alemania estaba establecido el sistema de cogestión, mientras que en Francia las funciones de los representantes de los trabajadores, en cuanto a la gestión, tenían carácter consultivo, puesto que determinadas cuestiones de relevante importancia debían ser consultadas con ellos. Dos fueron las soluciones propuestas para la resolución de esta problemática: una de tipo unitario y otra que admitía diferencias en función de donde fijara el domicilio la SE.

La primera de las propuestas imponía la inserción de los representantes de los trabajadores en todo caso, ya sea en el órgano de vigilancia o en otro órgano de gestión, si bien, en ambos supuestos se admitían dos variantes: que la inserción se efectuase como miembros de pleno derecho con facultad de decisión o, simplemente, con carácter

⁹⁹ Véase el “*Rapporto del Gruppo di lavoro intergovernativo per la società commerciale europea*”, ya cit., págs. 707-708, donde se recoge la postura de las delegaciones francesa, italiana, alemana, luxemburguesa, belga y holandesa, así como del representante de la Comisión.

¹⁰⁰ Véase el “*Rapporto del Gruppo di lavoro intergovernativo per la società commerciale europea*”, ya cit., pág. 709, donde se recoge que el Grupo consideraba necesario que se estableciera un control de legalidad de la constitución. La mayor parte de las delegaciones se mostraban de acuerdo con el Grupo y además estimaban conveniente la intervención de un Notario que diera fe pública del acto constitutivo; la delegación francesa, sin embargo, proponía, para evitar el aumento de los gastos, que la intervención notarial fuera facultativa por considerar que la legalidad de la constitución podía garantizarse mediante el control judicial.

¹⁰¹ La mayoría de las delegaciones estimaban que la solución a adoptar estaría, en primer lugar, en función de la regulación del acceso a la SE y, en segundo lugar dependería de que el acceso a dicho tipo societario fuera abierto o se reservara a un número limitado de sociedades. Véase el “*Rapporto del Gruppo di lavoro intergovernativo per la società commerciale europea*”, ya cit., págs. 709-710.

¹⁰² El Grupo estimaba que debía preverse la obligación de inscribir la SE en un registro de comercio; ahora bien, numerosas delegaciones consideraban que la centralización o descentralización de dicho registro dependería de que el acceso a la SE fuera abierto o cerrado. Asimismo, varias delegaciones eran de la opinión de que para la SE sería necesario prever una publicidad central, de forma que la constitución de cualquier SE debería de publicarse en el DOCE; no obstante, las delegaciones francesa e italiana mostraron su disconformidad e incluso pusieron en duda la utilidad de una publicidad centralizada. Véase el “*Rapporto del Gruppo di lavoro intergovernativo per la società commerciale europea*”, ya cit., pág. 711.

consultivo. La segunda propuesta tenía, a su vez, dos variantes: la primera consistía en aplicar las disposiciones legislativas del Estado miembro en el que la SE tuviera su domicilio o bien (segunda variante) las disposiciones legislativas del Estado miembro en el que se ubicara uno de sus establecimientos, en el caso de que tuviera establecimientos en varios Estados miembros, según el procedimiento previsto en el estatuto de la SE.

El Capítulo VII de esta segunda parte del informe contemplaba un problema que presentaba la legislación italiana de la época, consistente en establecer la obligatoriedad de que las acciones fueran nominativas¹⁰³; el VIII estaba dedicado a la problemática fiscal; el IX a la unidad de interpretación, considerando el grupo que, con el fin de garantizar una interpretación unitaria, debía de atribuirse tal competencia a un órgano central; a estos efectos diversas delegaciones consideraron que dicho órgano podría ser el TJCE. Este capítulo también hacía referencia al Derecho subsidiario. La Comisión, en este punto, insistió en la necesidad de que el Derecho subsidiario a aplicar fuera un Derecho uniforme.

El Capítulo X hacía referencia a la fundamentación jurídica, examinando las soluciones que, a estos efectos, podían encontrarse, tanto en el Tratado de Roma como en los Tratados internacionales. En cuanto a estos últimos, se hacía una clara distinción entre una Convención internacional que, mediante una ley uniforme, permitía introducir en las diversas legislaciones nacionales la SE, aunque en este supuesto se señalaba el inconveniente de que la SE así creada sería una sociedad de carácter nacional, y una Convención de tipo clásico que permitía crear un Derecho uniforme de SE¹⁰⁴; como variación sobre estas dos soluciones se presentaba la posibilidad de considerar que dicho Convenio vendría a complementar el Tratado de Roma; no obstante, sería difícil considerar que con ello se consiguiera una solución de carácter europeo, a menos que pudiera establecerse un nexo fundamental con el Tratado de Roma.

En relación con las posibilidades que ofrecía el TCEE se hacía referencia al artículo 100, aunque se señalaba que las directivas no eran de aplicación directa a los Estados miembros y, a mayor abundamiento, se debía de tener en cuenta el amplio margen de regulación que un instrumento de estas características dejaba a los legisladores nacionales. Una solución muy diferente, y acorde con el deseo de conseguir que el estatuto de la SE fuera un auténtico texto de Derecho europeo, sería buscar el fundamento jurídico del mismo en el artículo 235 del TCEE, y de esta forma, y considerando que la SE era un instrumento necesario para el funcionamiento del Mercado Común, el Consejo podría, aun cuando el Tratado no le hubiera otorgado poderes al efecto, adoptar mediante reglamento el estatuto regulador de la SE, siendo el Reglamento del Consejo un instrumento de aplicación obligatoria y directa en todos los Estados miembros. La Comisión manifestó el interés de que el estatuto de la SE fuera de aplicación directa en todos los Estados miembros.

Por último, en el Capítulo XI de la parte segunda del informe se recogían las conclusiones del grupo y se consideraba que la problemática examinada no podía resolverse sólo a nivel de expertos si el Consejo no adoptaba las disposiciones pertinentes al efecto.

¹⁰³ Véase el “*Rapporto del Gruppo di lavoro intergovernativo per la società commerciale europea*”, ya cit., págs. 716-718 donde se aborda la forma de las acciones de la SE (títulos nominativos o al portador), problema que se suscitó como consecuencia de que en Italia se exigía que las acciones de sus sociedades tuvieran carácter nominativo. En las páginas citadas se recogen las sugerencias y opiniones de varias delegaciones de los Estados miembros, así como del representante de la Comisión y de la delegación italiana en torno a esta problemática.

¹⁰⁴ Similar a la Convención de Varsovia de 1929, sobre el transporte aéreo, o a la Convención de Ginebra de 1956, sobre el transporte internacional de mercancías por carretera.

8. NOTA DE LA COMISIÓN SOBRE EL PROYECTO SANDERS

En Junio de 1967, los funcionarios de la Comisión prepararon una nota sobre el Proyecto Sanders¹⁰⁵. En dicha nota la Comisión se mostraba de acuerdo con el Proyecto Sanders en lo que se refería a las vías elegidas para la fundación, si bien estimaba necesario, a diferencia del Proyecto Sanders, la demostración de la vocación europea¹⁰⁶. En consecuencia, puede considerarse que la posición de la Comisión era más restrictiva que la del Proyecto Sanders y que la manifestada por cualquiera de los representantes del grupo de trabajo; a mayor abundamiento, la Comisión se mostraba contraria a que las personas físicas pudieran constituir una SE. Asimismo, en lo tocante a la cifra de capital mínimo, también se mostraba conforme con la solución propuesta en el Proyecto Sanders.

En relación con el control de legalidad en la constitución, la Comisión se mostraba partidaria de un doble control: el nacional y el centralizado que se efectuaría por el organismo europeo destinado a tales efectos.

En cuanto a la organización¹⁰⁷, la Comisión resaltaba que, dejando a salvo el control que una minoría cualificada de accionistas podía ejercer sobre la regularidad de la administración, no se había previsto, en el Proyecto Sanders, ningún control externo.

En relación con el problema de la cogestión la Comisión se mostraba partidaria de adoptar una solución de carácter unitario, pero admitía la posibilidad de recurrir a soluciones diferentes, en caso de que fuera necesario.

Por lo que respecta a la problemática relativa a la interpretación de la normativa reguladora de la SE, la Comisión subrayaba la necesidad de la uniformidad de interpretación.

9. CONSIDERACIONES FINALES

Aunque, incluso antes de la firma del Tratado de Roma encontramos que en Europa se constituyeron determinadas sociedades de carácter internacional, que pueden considerarse como antecedentes remotos de la SE, fue a partir de la firma de este Tratado, que en su articulado recogía como uno de sus fines el establecimiento de un Mercado Común¹⁰⁸, cuando, a mi juicio, se impuso la necesidad de buscar soluciones jurídicas que propiciaran el establecimiento y funcionamiento de ese mercado de carácter supranacional, pues sin duda la diversidad de legislaciones existentes entorpecía la realización de un mercado de este tipo.

El Tratado de Roma no contenía soluciones adecuadas para los objetivos propuestos; en su articulado se recogía una declaración de intenciones¹⁰⁹ pero no ofrecía los medios para

¹⁰⁵ Un resumen de dicha nota puede encontrarse en “Studi per la creazione della società commerciale europea”, *Rivista delle società*, 1967, págs. 689-698.

¹⁰⁶ Véase “Studi per la creazione della società commerciale europea”, ya cit., pág. 693, donde se recoge que, a tal efecto, las sociedades que se fusionen, transformen o establezcan una filial deberán de haber tenido durante, al menos, tres años establecimiento en otros Estados miembros o bien, durante dicho periodo de tiempo, deberán de haber participado en empresas de otros Estados miembros con un porcentaje no inferior al veinticinco por ciento.

¹⁰⁷ Véase “Studi per la creazione della società commerciale europea”, ya cit., págs. 695-696.

¹⁰⁸ En efecto, el artículo 2 del Tratado de Roma dice textualmente que “la Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un Mercado Común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes...”.

¹⁰⁹ Lo cierto es que el artículo 52 prescribe la progresiva supresión de las restricciones para la libertad de establecimiento y previene de modo nominal que esta supresión progresiva se extenderá a las restricciones para la creación de filiales; los artículos 67 y ss. tienden a realizar la libre circulación de capitales y, en este

su materialización. Como toda respuesta encontramos los artículos 100 y ss. relativos al acercamiento de las legislaciones, el artículo 54.3.g) que confiere al Consejo de Ministros la misión, disponiendo por medio de directivas a propuesta de la Comisión y previa consulta al Comité Económico y Social y a la Asamblea, de coordinar “a fin de hacerlas equivalentes, las garantías que son exigidas en los Estados miembros a las sociedades ... para proteger los intereses tanto de los socios como de los terceros”; el artículo 220 invita a los Estados miembros a iniciar entre sí, en cuanto sea necesario, negociaciones con objeto de asegurar a favor de sus ciudadanos “el reconocimiento mutuo de las sociedades..., el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado del domicilio social de un país a otro y la posibilidad de fusión de sociedades sometidas a diferentes legislaciones nacionales”.

En consecuencia se puede decir que en el Tratado de Roma son numerosas las expresas disposiciones que postulaban, implícitamente, la creación de una SE y que recibirían aplicación efectiva y práctica como consecuencia de esta creación¹¹⁰. Por todo ello, tal y como he recogido en los apartados precedentes, con la firma de dicho Tratado los estudios y propuestas sobre la SE se reavivaron y fueron objeto de numerosas ponencias y congresos, incluso de modo oficial por parte de los Estados miembros¹¹¹.

Del examen de los diversos estudios y propuestas de la época sobre la SE destacan varios aspectos. La determinación del objetivo legislativo que se pretendía conseguir es uno de ellos y en este sentido se apuntaron tres posibilidades:

- La unificación del Derecho de sociedades anónimas. Esta propuesta consistía en crear un auténtico Derecho comunitario en este campo mediante la unificación de las legislaciones nacionales relativas a las sociedades anónimas. Un proyecto de este tipo resultaba demasiado ambicioso e incluso utópico para la época, tanto a nivel institucional como práctico, ya que suponía que los Estados miembros vendrían obligados a renunciar a sus competencias legislativas en materia societaria en favor de las autoridades e instituciones comunitarias de nueva formación.
- La creación de un nuevo tipo societario de carácter supranacional regulado por auténticas normas de Derecho comunitario y que no se supeditaría a ninguna legislación nacional. De esta forma se crearía un nuevo tipo de carácter opcional dejando subsistentes los diversos tipos de sociedades que contemplaban los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

A tenor de lo comentado en el párrafo precedente debo señalar que, aunque limitándose a la SE en concreto, esta fórmula supone una dejación del poder legislativo de los Estados miembros en favor de las instituciones de la Comunidad Europea¹¹².

sentido, ordenan a los Estados miembros suprimir progresivamente las restricciones a los movimientos de capital; el artículo 220 recomienda a los Estados miembros facilitar el traslado de domicilio social de las sociedades y, además, considera necesario que los Estados miembros entablen negociaciones con vistas a asegurar “la posibilidad de fusión de sociedades sometidas a legislaciones nacionales diferentes”.

¹¹⁰ VASSEUR, M., “Algunos argumentos en pro de una sociedad de tipo europeo”, ya cit., pág. 235.

¹¹¹ En el año 1965, Note du Gouvernement Française sur “la creation d’une société commerciale de type européen”, ya cit. En cuanto al contenido de esta nota me remito al Capítulo primero, apartado II, punto 3 de esta Tesis doctoral.

¹¹² En el memorándum sobre la SE, presentado por la Comisión al Consejo, el 22 de abril de 1966, que ha sido objeto de estudio en el Capítulo primero, apartado II, punto 4 de este trabajo, al que me remito, ya se plantearon diversas posibilidades relativas a que la SE se fundara en una ley uniforme o se concibiera como una sociedad de Derecho europeo.

- La introducción, mediante una ley uniforme, de un nuevo tipo societario que se insertaría en el cuerpo legislativo nacional de cada uno de los Estados miembros como un tipo más de los ofertados, pero que tendría idéntica regulación en cada uno de los países. Este tipo de SE podría ser considerada europea, en cuanto a que su regulación sería idéntica en todos y cada uno de los Estados miembros, pero en puridad de términos jurídicos la sociedad seguiría siendo, francesa, italiana, belga, etc.¹¹³.

En cuanto al régimen jurídico de la SE se apuntaban soluciones diversas:

- Una regulación exhaustiva, que contemplara la creación, funcionamiento, disolución y liquidación de la SE, para lo que podían servir de referencia las legislaciones de los seis países miembros, pero siempre teniendo en cuenta que las reglas que debían adoptarse fueran las más convenientes con el objetivo que se perseguía y evitando que la regulación que se fijara fuera la mera adición de las normas en vigor en los países comunitarios. Se trataba de formular un estatuto lo más completo posible con el fin de evitar que, aunque fuera con carácter subsidiario, se acudiera a los Derechos nacionales, en todo caso, y con dicho carácter, debería de acudir a los principios generales inspiradores del estatuto y, en última instancia, a los principios generales comunes de las legislaciones de los Estados miembros. Las normas reguladoras de la SE se integrarían en un texto único y los fundadores de la SE quedarían en libertad para redactar los estatutos de la forma que consideraran conveniente, siempre, claro está, respetando las normas recogidas en el texto regulador de la SE.
- Reducir al mínimo las disposiciones de la Convención relativas a las normas reguladoras de la SE, pero anexar a la Convención internacional los estatutos tipo¹¹⁴ que obligatoriamente debían ser adoptados por las SE, ofreciendo diversas variantes que permitieran la elección de diferentes cláusulas en determinados supuestos, a efectos de dejar un margen de autonomía a los fundadores de la sociedad.

Otro aspecto destacado en todos los estudios y ponencias relativos a la SE es el de la interpretación de sus normas reguladoras; en este ámbito se abogaba por una unidad de interpretación. En efecto, una uniformidad legislativa debe tener como complemento una uniformidad de interpretación, siendo generalizada, en este sentido, la sugerencia de encomendar esta tarea a una jurisdicción única, concretamente al TJCE.

Por otra parte debo hacer referencia a la base jurídica en la que debe sustentarse un proyecto de estas características. Teniendo en cuenta las disposiciones del Tratado de Roma, todos los estudios, ponencias y proyectos de la época proponían la Convención internacional, si bien, en el informe presentado el 26 de abril de 1967 por el grupo de trabajo intergubernativo para la SE, se contemplaba, por primera vez, la posibilidad de utilizar la vía del Reglamento del Consejo en base al artículo 235 del TCEE y en este artículo se basaba la propuesta de un proyecto de estatuto presentado por la Comisión en 1970. En

¹¹³ El Gobierno francés en su nota presentada en el año 1965, sobre la creación de una sociedad comercial de tipo europeo, propuso esta solución. Esta nota ha sido objeto de estudio en el Capítulo primero, apartado II, punto 3 de esta Tesis doctoral, al cual me remito.

¹¹⁴ En la misma forma que se había hecho en la constitución de sociedades como *Eurofima*, la *Société Internationale de la Mosselle*, etc., que se regían por los estatutos anexados a la Convención internacional.

efecto, el 30 de junio de 1970, la Comisión presentó al Consejo un proyecto de estatuto de SE en forma de reglamento¹¹⁵ y en base al artículo 235 del TCEE¹¹⁶.

La adopción del estatuto de la SE mediante Convenio internacional posibilita que los Estados miembros, una vez negociado el Convenio, lo sometan a sus respectivos Parlamentos nacionales para su ratificación; de esta manera parece conservarse, aunque sea de forma más aparente que real, la competencia legislativa de los diversos países en esta materia, puesto que la función de Parlamento, en estos casos, queda limitada a aceptar o rechazar el Convenio.

Por el contrario, la aprobación del estatuto de la SE mediante Reglamento del Consejo sustrae esta temática a la competencia legislativa nacional, puesto que los Reglamentos del Consejo tienen carácter de Derecho comunitario obligatorio y son de aplicación directa en todos los Estados miembros.

III. PROYECTOS DE ESTATUTOS DE SOCIEDAD ANONIMA EUROPEA, QUE PRECEDIERON AL REGLAMENTO (CE) N° 2157/2001

Cuatro proyectos de estatuto de SE precedieron al Reglamento (CE) n° 2157/2001, publicado en el DOCE del 10 de noviembre, mediante el cual el Consejo de Europa aprobó, por fin, el estatuto de la SE. Estos proyectos fueron los de 1970, 1975, 1989 y 1991. Seguidamente, procederé a hacer un comentario general de cada uno de ellos, poniendo especial énfasis en lo tocante a la temática relativa a los órganos de administración.

Considero que el examen de los citados proyectos pone de relevancia las dificultades por las que ha atravesado la SE a lo largo de su proceso de gestación y que se manifiestan por la reducción drástica del articulado regulador de la SE, el vaciamiento progresivo de las materias reguladas por auténtico Derecho comunitario y por la remisión, cada vez más frecuente, a lo que los legisladores nacionales determinen para la SE que se domicilien en su territorio y, en última instancia, a lo que las legislaciones nacionales prescriban para sus sociedades anónimas.

1. PROYECTO DE ESTATUTO DE 1970

Finalmente, el 30 de junio de 1970, la Comisión presentó al Consejo un proyecto de estatuto de SE¹¹⁷; este proyecto estaba precedido por una exposición de motivos y, además, contenía un comentario destinado a esclarecer el fin y alcance de cada uno de los 284 artículos de los que constaba, estaba dividido en 14 títulos y presentaba a esta forma societaria como una sociedad de Derecho europeo cuyo régimen jurídico emanaba de la Comunidad Europea¹¹⁸.

¹¹⁵ El reglamento es un instrumento de Derecho comunitario cuyo contenido resulta ser de obligado cumplimiento y de aplicación directa en todos los Estados miembros y, por tanto, sustrae las materias por él reguladas al poder legislativo nacional, a diferencia de las directivas que dejan al legislador nacional un margen de trasposición.

¹¹⁶ Este artículo permitía al Consejo adoptar por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, las disposiciones pertinentes para lograr, en el funcionamiento del Mercado Común, uno de los objetivos de la Comunidad cuando el Tratado no hubiera previsto los poderes necesarios al efecto.

¹¹⁷ JOCE C 124, de 10 de octubre de 1970.

¹¹⁸ En relación con este proyecto puede consultarse: SAINT-ESTEBEN, R., "La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes présentée par la Commission au Conseil le 30 juin 1970", *Revue trimestrelle de droit européen*, 1971, págs. 63-77; VAN RYN, J., "Le projet de statut des sociétés européennes", *Revue trimestrelle de droit européen*, 1971, págs. 563-585; PÉREZ ESCOLAR, R., *La Sociedad Anónima Europea*, ya cit., págs. 101-151.

La Comisión, al amparo del artículo 235 del TCEE, utilizó la vía del reglamento¹¹⁹ y así lo manifestó en la Exposición de Motivos donde se hacía eco de la necesidad de dotar a las empresas europeas de un instrumento jurídico adecuado para la realización de uno de los objetivos de la Comunidad, el establecimiento de un Mercado Común en el territorio comunitario¹²⁰ y consideraba que los medios previstos por el Tratado de Roma, consistentes en la armonización de legislaciones y en la conclusión de Tratados internacionales, a efectos de posibilitar la movilidad de las sociedades y la fusión, no conseguían eliminar la obligación de tener que elegir una determinada legislación nacional¹²¹. Se imponía la necesidad de buscar una solución que fuera capaz de conseguir tanto la unidad económica, como la jurídica, que permitiera constituir sociedades regidas por un Derecho único que fuera de aplicación en todos los Estados miembros¹²².

Una SE regida por un Derecho de estas características permitiría a las empresas que tuvieran una dimensión europea llevar a cabo las necesarias operaciones de concentración, fusión y reestructuración e igualmente les permitiría organizar, en la mejor forma, tanto los recursos económicos, como productivos y humanos, propiciando, de esta manera, que las SE pudieran operar en el territorio comunitario como si se tratara de un mercado nacional.

A fin de garantizar el adecuado funcionamiento de una sociedad de este tipo se consideraba conveniente fijar un capital mínimo enteramente desembolsado¹²³; igualmente, y para asegurar un régimen unitario, se preveía un registro central y un control judicial comunitario (Corte de justicia de la CE), que sería el encargado de resolver las divergencias que pudieran surgir en cuanto a la documentación fundacional¹²⁴.

¹¹⁹ Este artículo, cuyo contenido se correspondía con el artículo 308 del TCE (actual artículo 352.1 del Tratado de funcionamiento de la UE), permite la extensión de la competencia de las instituciones comunitarias para alcanzar los objetivos de la Comunidad a casos no previstos expresamente en el Tratado. En este supuesto se entendió, en su momento, comprendida la SE.

¹²⁰ Considerando segundo de la Exposición de Motivos: “considerando que una reorganización estructural a nivel de la Comunidad supone que se dé posibilidad de reunir el potencial de las empresas ya existentes de los diversos Estados miembros, a través de operaciones de concentración y de fusión, si bien el recurso a tales operaciones no podrá hacerse más que respetando las reglas de la competencia; que la constitución de empresas europeas se impone como instrumento evidente y normal para alcanzar este resultado en las mejores condiciones; que se trata, por tanto, de un instrumento para realizar uno de los objetivos de la Comunidad”.

¹²¹ Considerando tercero de la Exposición de Motivos: “considerando al mismo tiempo que la constitución de tales empresas tropieza con dificultades de orden jurídico, fiscal y psicológico; que incluso si los medios de acción previstos por el Tratado relativos a la armonización de las legislaciones y a la conclusión de Convenios con vistas a hacer posible la movilidad jurídica de las sociedades por traslado de sede social y fusión permiten aportar remedios a algunas de estas dificultades, no permiten, sin embargo, eliminar la obligación de seleccionar una determinada legislación nacional para dar a una empresa económicamente europea la forma jurídica indispensable de sociedad comercial; que tales medios tampoco eliminan el obstáculo de cambio de nacionalidad para aquellas empresas cuyo nombre y tradición están ligados a un país determinado”.

¹²² Considerando quinto de la Exposición de Motivos: “considerando que la única solución que permite realizar a la vez la unidad económica y jurídica de la empresa europea está, pues, en permitir, junto a sociedades dependientes respectivamente de determinados Derechos nacionales, la constitución de sociedades regidas totalmente por un derecho único, directamente aplicable en todos los Estados miembros, eliminando así con esta forma jurídica de sociedad toda aceptación de dependencia jurídica de tal o cual país”.

¹²³ Considerando noveno de la Exposición de Motivos: “considerando que el propio régimen de la Sociedad Anónima Europea debe ser el de una sociedad de capital por acciones, que responda más adecuadamente a las necesidades de las empresas que ejerzan sus actividades a nivel europeo, tanto desde el punto de vista financiero como del de la gestión; que para asegurar una dimensión razonable a tales empresas conviene fijar un capital mínimo totalmente desembolsado que garantice que estas sociedades disponen de un patrimonio suficiente, sin entorpecer por ello la constitución de sociedades europeas por parte de empresas nacionales de importancia media; que el importe de este capital, debe ser, sin embargo, menos elevado en el caso de creación de filiales”.

¹²⁴ Considerando undécimo de la Exposición de Motivos: “considerando que, igualmente para asegurar esta unidad de régimen jurídico es indispensable que la constitución de la Sociedad Anónima Europea

El Considerando décimo, a fin de preservar la unidad de régimen que suponía la regulación de la SE por normas de Derecho comunitario, declaraba, expresamente, que debía de evitarse la aplicación de los Derechos nacionales, debiéndose acudir a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros para regular las materias que no estuvieran contempladas por el estatuto.

Este proyecto de estatuto regulaba la SE de manera exhaustiva y con carácter de Derecho comunitario. La pertenencia de su normativa al Derecho comunitario se manifestaba por la forma jurídica en que se presentaba, ya que el Reglamento del Consejo es un instrumento propio del Derecho comunitario; porque la interpretación de este estatuto se regía por los principios comunitarios y se sometía al TJCE; por el régimen de Derecho subsidiario aplicable, ya que este estatuto trataba de evitar la aplicación de los Derechos nacionales¹²⁵ y; además, porque la sede social dejaba de constituir un vínculo de unión y pertenencia a un determinado Estado miembro¹²⁶.

En cuanto a la base jurídica, en primer lugar tropezaron con dificultades de orden institucional para determinar qué artículo del TCEE podría sustentar la creación de una SE y, en segundo lugar, la dificultad se acrecentó al tener que sustentarse dicha creación en un instrumento de Derecho comunitario. Por todo ello, la Comisión consideró que la creación de esta nueva forma jurídica constituía una acción necesaria para la realización y funcionamiento del Mercado Común y, teniendo en cuenta que el TCEE no había previsto los poderes necesarios para la creación de la SE, consideró que en base al artículo 235 el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y después de consultar al Parlamento, podía adoptar las medidas pertinentes al efecto. En cuanto al instrumento adecuado para la aprobación de un estatuto de SE, la Comisión optó por el reglamento que resultaba de obligado cumplimiento y que era directamente aplicable en todos los Estados miembros. La voluntad del legislador comunitario era que la SE fuera regida por normas autónomas y uniformes, es decir, por normas de Derecho comunitario.

En relación con los órganos de administración de la SE, el estatuto de 1970 establecía la dualidad de órganos¹²⁷; así, la SE se gestionaba mediante un órgano de

quede sometida a un procedimiento de inscripción en un registro central, bajo control judicial que permita suprimir cualquier posibilidad de nulidad de la sociedad una vez constituida; que una jurisdicción europea única tiene que encargarse de asegurar este control bajo pena de permitir que se establezcan divergencias de apreciación en el examen de los actos y documentos constitutivos; que la competencia necesaria debe ser, por tanto, confiada a la institución judicial de las comunidades, es decir, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”.

¹²⁵ Véase el Considerando décimo de la Exposición de Motivos: “... hay que establecer un estatuto de la Sociedad Anónima Europea que ofrezca un conjunto de disposiciones normativas y se refiera a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros para resolver las cuestiones relativas a las materias regidas por este estatuto y que no hayan sido expresamente reglamentadas en el mismo”.

¹²⁶ La SE tendría su domicilio en el territorio comunitario, no ligándose a nacionalidad alguna por el mero hecho físico de tener su domicilio en un determinado Estado miembro, puesto que, al estar ese país dentro del territorio comunitario la nacionalidad de la sociedad sería de carácter europeo. El artículo 5.1 de este proyecto establecía que “el domicilio social de la SE será el que se fije en los estatutos de la sociedad, y debe estar situado dentro de la Comunidad europea”.

¹²⁷ En relación con el funcionamiento de la sociedad y sus órganos sociales PÉREZ ESCOLAR, R., “El Estatuto de la Sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 633, recoge que “en el Derecho europeo de sociedades anónimas se ha conseguido una distribución del poder social entre diversos órganos creados al efecto. Las funciones directivas están encomendadas a elementos distintos de quienes ostentan las atribuciones deliberativas. En principio, esta diversidad orgánica es admitida por todos los Estados miembros de la Comunidad Europea. Menos uniformidad legislativa resulta respecto a una posible división tripartita de funciones; esto es, otorgar el poder decisorio o de gestión a la Directiva y la función de vigilancia o control al Consejo de vigilancia. Esta fragmentación triangular se observa en la panorámica legal europea en distintos grados, desde el sistema de administración absoluta –Derecho alemán–, pasando por el régimen facultativo del Derecho francés, hasta las formas flexibles de los Derechos belga, italiano y luxemburgues. El estatuto se inclina decididamente por el sistema alemán...”.

dirección que ejercía sus funciones bajo el control de un Consejo de vigilancia¹²⁸. Se admitía la posibilidad de que el órgano de dirección estuviera formado por un único administrador, si bien, en el caso de que dicho órgano estuviera compuesto por más de un miembro debía adoptar la forma de un órgano colegiado (Consejo de dirección)¹²⁹. No se admitía que las personas jurídicas fueran miembros del órgano de dirección¹³⁰. Se concedía a este órgano amplios poderes de gestión, limitados únicamente por las disposiciones recogidas en el estatuto regulador de la SE¹³¹, debiendo prestar especial atención a los actos que quedaban subordinados obligatoriamente a la pertinente autorización del Consejo de vigilancia¹³². Cada uno de los miembros del órgano de dirección ostentaba el poder de representación frente a terceros¹³³ y era responsable frente a éstos por los actos realizados, aunque dichos actos no formaran parte del objeto social, salvo en el supuesto de que sobrepasaran los poderes que el propio estatuto de la SE reconocía al órgano de dirección. Las limitaciones estatutarias a los poderes del órgano de dirección eran inoponibles frente a terceros¹³⁴.

Los miembros del órgano de dirección eran nombrados y revocados por el Consejo de vigilancia¹³⁵. Con una periodicidad trimestral, los miembros del órgano de dirección debían de presentar al Consejo de vigilancia un informe sobre la marcha de la sociedad,

¹²⁸ Según lo dispuesto en el artículo 62 del Proyecto de estatuto de SE de 1970. El estatuto confería los poderes de gestión al órgano de dirección, otorgando al Consejo de vigilancia facultades de control de la gestión encomendada a la Dirección. Así pues, y aunque a priori parecía que se instituía una separación entre ambos órganos, puede decirse que tal separación no era absolutamente rígida tal y como se desprendía de los artículos: 66, que establecía la necesidad de que determinados actos del órgano de dirección fueran sometidos a la previa autorización del Consejo de vigilancia; 68, relativo a las informaciones que el órgano de dirección debía de proporcionar al Consejo de vigilancia; 73, que hacía referencia a las facultades que competían al Consejo de vigilancia para llevar a cabo el control de la gestión, a cuyo efecto podía solicitar al órgano de dirección cuanta información fuera precisa y dar su opinión sobre toda cuestión de importancia para la sociedad. Los artículos referenciados marcaban la relación entre ambos órganos en el marco de la deseable cooperación, en aras a una mejor administración social.

¹²⁹ A tenor de lo previsto en el artículo 64.2 del Proyecto de estatuto de SE de 1970, se dejaba libertad al Consejo de dirección para regular su organización, pudiendo, mediante un acuerdo entre sus miembros, llevar a cabo un reparto de tareas, que sólo tenían efectos internos. Conviene subrayar que también se permitía que el Consejo de vigilancia estableciera un reglamento sobre el funcionamiento interno del directorio.

¹³⁰ Según lo dispuesto en el artículo 63.2 del Proyecto de estatuto de SE de 1970. El estatuto sólo contemplaba la posibilidad de que formasen parte del órgano de dirección personas físicas, recogiendo con carácter expreso que “únicamente podrán ser nombrados miembros del directorio las personas físicas”, excluyendo expresamente, la posibilidad de que ostentaran tal condición las personas jurídicas.

¹³¹ Así se desprende del artículo 64 del Proyecto de estatuto de SE de 1970. El estatuto atribuía al órgano de dirección competencia respecto a todos los actos no incluidos expresamente en los poderes otorgados a otro órgano. Se marcaba, por tanto, un principio que venía a configurar las relaciones entre órganos (las relaciones frente a terceros se regían por los principios contenidos en el artículo 67).

¹³² De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 del Proyecto de estatuto de SE de 1970. El estatuto detallaba una serie de actos que debían de someterse a la autorización del Consejo de vigilancia e, igualmente, permitía que por vía estatutaria se recogieran, además, otros actos. La falta de autorización no era oponible frente a terceros; aunque el Consejo de vigilancia autorizara estos actos, los miembros del órgano de dirección no quedaban exonerados de su responsabilidad (artículo 71.3).

¹³³ Tal y como quedaba determinado en el artículo 65 del Proyecto de estatuto de SE de 1970. El primer punto de este artículo establecía el principio de representación de cada uno de los miembros del órgano de dirección. Los estatutos podían derogar este principio, aunque la cláusula derogatoria no podía ser opuesta frente a terceros.

¹³⁴ Así se establecía en el artículo 67 del Proyecto de estatuto de SE de 1970. El contenido de este artículo estaba en consonancia con lo previsto en el artículo 9.1, párrafo primero de la Primera Directiva del Consejo (68/151/CEE) de 9 de marzo de 1968, de forma que el objeto social en ningún caso constituía un límite a la representatividad de los miembros del órgano de dirección frente a terceros; el único límite a tener en cuenta eran los poderes que el propio estatuto (de SE) confería a otro órgano. Añadía, no obstante, que las limitaciones estatutarias serían inoponibles frente a terceros.

¹³⁵ Según lo dispuesto en el artículo 63 del Proyecto de estatuto de SE de 1970. Este artículo decía además que el Consejo de vigilancia concluiría un contrato con cada uno de los miembros del órgano de dirección donde se fijaría el modo y la cuantía de su remuneración.

igualmente, debían de informar al Presidente del Consejo de vigilancia, a la mayor brevedad posible, de cualquier suceso de relevante importancia que pudiera afectar al funcionamiento o a la marcha normal de la sociedad¹³⁶.

Los miembros del órgano de dirección no podían formar parte del Consejo de vigilancia, tampoco podían ejercer otra actividad profesional, ni podían aceptar su nombramiento como miembros en el Consejo de vigilancia de otra sociedad, salvo que hubieran sido autorizados especialmente por el Consejo de vigilancia; también se les prohibía obtener préstamos, avales de la sociedad o tener descubiertos con la misma (esta prohibición se extendía a los ascendientes, descendientes, o testafierros), y asimismo, en aquellos contratos en los que fuera parte la sociedad y a su vez, un miembro del órgano de dirección tuviera un interés, aunque fuera con carácter indirecto, se requería la autorización del Consejo de vigilancia¹³⁷.

En cuanto a la responsabilidad en la que podían incurrir los miembros del órgano de dirección frente a la sociedad, tanto por la violación de los estatutos sociales y de las disposiciones reguladoras de la SE, como por los actos llevados a cabo en su gestión, tenía carácter solidario, aunque cualquier miembro podía exonerarse de esta responsabilidad si demostraba que no se le podía imputar falta alguna y, además, había comunicado por escrito al Consejo de vigilancia el acto u omisión perjudicial desde el momento en que tuvo conocimiento del mismo. La autorización dada por el Consejo de vigilancia no exoneraba de responsabilidad a los miembros del órgano de dirección. La acción de responsabilidad prescribía a los tres años contados desde que se cometió la infracción y si hubiera mediado ocultación, desde que se tuvo conocimiento¹³⁸ y podía ser ejercitada por la Junta general, por el Consejo de vigilancia y por accionistas que representasen un cinco por ciento del capital o un número de acciones cuyo valor nominal superase una determinada cifra¹³⁹.

Respecto al Consejo de vigilancia se puede decir que era un órgano que se posicionaba entre la Junta general y la Dirección y que tenía como principal misión controlar con carácter permanente la gestión llevada a cabo por el órgano de dirección, pero

¹³⁶ De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 68 del Proyecto de estatuto de SE de 1970. Este artículo contenía los deberes de información del órgano de dirección, que a su vez constituían derechos del Consejo de vigilancia en cuanto a esa información, y marcaban las relaciones entre ambos órganos en torno a los deberes-derechos que permitían un mejor desarrollo de las funciones de supervisión que le eran encomendadas al Consejo de vigilancia.

¹³⁷ A tenor de lo previsto en el artículo 69 del Proyecto de estatuto de SE de 1970. El estatuto requería, dejando a salvo la especial autorización del Consejo de vigilancia, que los miembros del órgano de dirección se dedicasen, con carácter exclusivo, a la gestión de la SE. También se les prohibía realizar operaciones en las que pudiera darse un conflicto de intereses con la sociedad, prohibición que se extendía a las personas vinculadas con el interesado, requiriéndose en aquellas operaciones de la sociedad en las que algún miembro del órgano de dirección tuviera un interés, aunque fuera indirecto, la autorización del Consejo de vigilancia. La falta de autorización no era oponible frente a terceros salvo que la sociedad probara que tenían conocimiento de la ausencia de autorización.

¹³⁸ Así venía establecido en el artículo 71 del Proyecto de estatuto de SE de 1970. Este artículo estaba regulando la responsabilidad del órgano de dirección frente a la sociedad (acción social de responsabilidad) y no frente a terceros; si el órgano de dirección era colegiado regía el principio de solidaridad, si bien, cualquiera de sus miembros podía exonerarse si probaba que no le era imputable falta alguna y además, que había denunciado previamente por escrito el acto o la omisión de que se tratase.

¹³⁹ Según disponía el artículo 72 del Proyecto de estatuto de SE de 1970. La legitimación activa para el ejercicio de la acción social de responsabilidad se concedía tanto al Consejo de vigilancia como a la Junta general. La acción se ejercitaba por el Consejo de vigilancia; no obstante, la Junta general podía designar un mandatario especial a dicho efecto. También, se reconocía un derecho de acción a determinadas minorías de accionistas (uno o varios accionistas que, bien representasen un cinco por ciento del capital social, o bien reunieran un importe nominal de acciones correspondiente a cien mil unidades de cuenta), el accionista o accionistas que reunieran estos requisitos debían de designar a un mandatario especial para el ejercicio de la acción de responsabilidad.

que no podía intervenir directamente en la gestión de la sociedad¹⁴⁰, ni representar a la misma frente a terceros¹⁴¹, aunque si ostentaba la representación social frente a los miembros del órgano de dirección¹⁴².

Los miembros del Consejo de vigilancia eran elegidos y revocados por la Junta general y solo podían formar parte del mismo las personas físicas¹⁴³. Mención especial merece la disposición relativa al número de los miembros que debían componer el Consejo de vigilancia que fijaba una regla aritmética, de forma que el número de éstos debía de ser divisible por tres y en los supuestos en que la sociedad tuviera establecimientos en más de un Estado miembro la cifra de éstos debía ser al menos de doce. El motivo de fijar de esta forma la composición de este órgano se debía a que se estaba pensando en la entrada de los representantes de los trabajadores en el Consejo de vigilancia¹⁴⁴.

Como ya he recogido al tratar el órgano de dirección, las funciones de control que se encomendaban al Consejo de vigilancia se ejercían a través de los informes puntuales y periódicos que el órgano de dirección debía de presentar, y además el Consejo de vigilancia podía solicitar en cualquier momento al órgano de dirección los informes y documentos que considerara pertinentes para llevar a cabo las tareas de control que tenía encomendadas¹⁴⁵. El Consejo de vigilancia tenía, en definitiva, un derecho ilimitado para examinar y controlar todas las operaciones sociales, a cuyos efectos podía requerir los libros de la sociedad, escrituras y documentos que considerase necesarios¹⁴⁶.

En el supuesto de que se produjera una vacante en el órgano de dirección, el Consejo de vigilancia podía designar a uno de sus miembros para que cubriera dicha vacante por un plazo que no podía exceder de un año; no obstante, mientras formara parte del órgano de dirección quedaban en suspenso las funciones que el miembro designado viniera desempeñando en el Consejo de vigilancia¹⁴⁷.

¹⁴⁰ Se puede decir que, de un modo indirecto, tenía una intervención en la gestión, tanto a través del nombramiento y revocación de los miembros del órgano de dirección (artículo 63), como de las operaciones que debía autorizar a tenor de lo preceptuado en el artículo 66.

¹⁴¹ Estas funciones, tal y como he recogido al referirme al órgano de dirección, eran competencia de dicho órgano; el artículo 65 del estatuto confería la representación, cuando la gestión había sido encomendada a un órgano colegiado, a cada uno de los miembros que componían el directorio.

¹⁴² A tenor de lo previsto en el artículo 73 del Proyecto de estatuto de SE de 1970. Concretamente el apartado 3 de este artículo decía que "... frente a los miembros del directorio o de uno de ellos, representa a la sociedad en juicio o con ocasión de los contratos entre la sociedad y un miembro del directorio".

¹⁴³ Así se establecía en los artículos 74 y 75 del Proyecto de estatuto de SE de 1970. Se puede decir que esta disposición, de alguna manera y aunque fuera de forma indirecta a través del nombramiento y revocación de los componentes del órgano de vigilancia, devolvía a la Junta el poder originario que detentaba claramente en los sistemas monistas en los que era la encargada de nombrar y revocar a los miembros de administración de la sociedad.

¹⁴⁴ Efectivamente, el artículo 137 del estatuto preveía la representación de los trabajadores en la SE, en base a que estos detentaran 1/3 de los puestos del Consejo de vigilancia. Por tanto, esta norma había sido establecida teniendo en cuenta la representación de los trabajadores, a fin de asegurar una proporción suficientemente equilibrada entre los representantes del capital y de los trabajadores.

¹⁴⁵ De acuerdo con la regulación contenida en el artículo 73 del Proyecto de estatuto de SE de 1970. Cabe subrayar teniendo en cuenta el carácter de órgano permanente y la misión que como órgano de control se atribuía al Consejo de vigilancia, que éste debía tener información puntual sobre la marcha de la sociedad, para lo cual, además de recibir los informes que con carácter trimestral estaba obligado a presentar el órgano de dirección y de las notificaciones puntuales del citado órgano sobre sucesos relevantes, podía solicitar los informes que considerara precisos, ya fueran de carácter general o específico.

¹⁴⁶ A tenor de lo previsto en el artículo 78 del Proyecto de estatuto de SE de 1970. Este artículo otorgaba al Consejo de vigilancia derechos ilimitados para el examen y control de las operaciones sociales, para lo cual tenía acceso a cuantos documentos (libros, correspondencia, escrituras, etc.) fueran necesarios para llevar a cabo las funciones de vigilancia y control que le competían, con lo cual se venía a asegurar que en todo momento y lugar pudiera realizar la misión que tenía encomendada.

¹⁴⁷ Según lo dispuesto en el artículo 73.4 del Proyecto de estatuto de SE de 1970. Esta disposición, teniendo en cuenta que el estatuto marcaba una separación de las funciones asignadas a cada uno de los

Los miembros del Consejo de vigilancia eran responsables frente a la sociedad con carácter solidario, tanto por la violación de los estatutos sociales, como de las disposiciones reguladoras de la SE, aunque cualquier miembro podía exonerarse de esta responsabilidad si demostraba que no se le podía imputar falta alguna y además había comunicado por escrito al Presidente de Consejo de vigilancia el acto u omisión perjudicial desde el momento en que tuviera conocimiento del mismo. La acción de responsabilidad prescribía a los tres años, que se contaban a partir de la comisión de la falta y, en caso de que hubiera mediado ocultación, desde el momento en que se hubiera tenido conocimiento¹⁴⁸.

Tanto los miembros del órgano de dirección, como los del Consejo de vigilancia, quedaban sometidos al cumplimiento de los deberes de fidelidad, diligencia y secreto¹⁴⁹.

También presentaba este estatuto una regulación sobre los grupos de sociedades¹⁵⁰ y preveía figuras como el Comité de empresa europeo, así como la presencia de los representantes de los trabajadores en el Consejo de vigilancia, optando, por tanto, por un sistema de cogestión y por un modelo dualista obligatorio. Además, se proponía la creación de un registro europeo de SE y una oficina europea de SE.

No se puede negar el empeño europeísta de este proyecto de estatuto que presentaba una figura jurídica totalmente europea por la que podían optar las sociedades anónimas que decidieran operar en el Mercado Común con una estructura de carácter transnacional o supranacional y con una identidad plenamente europea.

órganos, venía a garantizar que no se produjeran injerencias en la gestión social por parte del órgano de control; de ahí que las funciones del miembro de control designado para cubrir la vacante producida en el órgano de dirección quedaran en suspenso en tanto en cuanto éste formara parte del órgano de dirección.

¹⁴⁸ De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 81 del Proyecto de estatuto de SE de 1970. Esta disposición era similar a la contenida en el artículo 71 relativo a la responsabilidad de los miembros del órgano de dirección, con la única diferencia de que, en lo que respecta a los miembros del órgano de vigilancia, no cabía considerarles como responsables de las faltas de gestión.

¹⁴⁹ Así se recogía en los artículos 69, 70, 79 y 80 del Proyecto de estatuto de SE 1970. Respecto a los miembros del órgano de dirección el deber de fidelidad se encontraba recogido en el artículo 69 que hacía referencia al conflicto de intereses, los deberes de diligencia y secreto se recogían en el artículo 70; en relación con los miembros del órgano de control el deber de fidelidad se regulaba en el artículo 79 y los deberes de diligencia y secreto en el artículo 80. La regulación de los indicados deberes, salvo pequeñas diferencias (la autorización en las operaciones de la sociedad en las que un miembro del órgano de control tuviera interés, aunque fuera indirecto, se otorgaba por el mismo órgano –Consejo de vigilancia- al que pertenecía), era similar para ambos órganos.

¹⁵⁰ Una regulación de este tipo era, sin duda, en aquella época, muy novedosa y avanzada. En cuanto a la regulación de los grupos de sociedades en el Proyecto de estatuto de 1970, PÉREZ ESCOLAR, R., *La Sociedad Anónima Europea*, ya cit., págs. 125-126, recoge: “el proyecto parte del principio de la existencia del grupo, que define sobre las bases de su efectiva vitalidad en la realidad social de cada Estado miembro. Las paredes maestras inspiradoras de su reglamentación responden a un minucioso respeto de las necesidades económicas de los miembros agrupados bajo una dirección única, como también a un cuidadoso trato, rayano en el casuismo, de la posición de los accionistas minoritarios y de los acreedores. Claro es que la problemática económica y concurrencial, último motivo de la agrupación, no es, ni ha podido ser, objeto de regulación por el estatuto. El Derecho societario plasmado en el proyecto representa, sencillamente, los medios o cauces de que disponen las sociedades para regular su organización y proteger las situaciones resultantes. En definitiva, se establece un marco dentro del cual las empresas interesadas encuentren una gran amplitud para organizarse. Las instituciones protectoras son un trasunto de la práctica experimentada por los grupos societarios existentes.

El proyecto parte de la tesis de que el grupo empresarial representa una unidad de empresa, conducida por el interés conjunto de las diversas partes; es decir, de las varias empresas subordinadas a ese grupo. La intensidad de la unidad de dirección es variable, como también la amplitud de su poder decisorio desde dar reglas generales hasta la centralización rígida de la gestión.

A los accionistas minoritarios se les reconoce el derecho, a partir del momento de la agrupación, de separarse de la sociedad mediante el correspondiente pago en efectivo, o de recibir las pertinentes acciones representativas del capital en la empresa dominante.

Por último, las disposiciones relativas a la publicidad permiten al público, en general, cerciorarse de sí una sociedad europea cambia o no de grupo”.

A. INFORME DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL

El Consejo, en su centésima vigésima segunda sesión, que tuvo lugar el 20 de julio de 1970, decidió someter el Proyecto de estatuto de SE de 1970, con carácter facultativo, a la opinión del Comité Económico y Social. La solicitud del correspondiente informe sobre dicho proyecto, fue dirigida por el Presidente del Consejo al Presidente del Comité el 22 de julio de 1970 y el Comité presentó el informe solicitado durante su centésima sexta sesión plenaria que tuvo lugar en Bruselas los días 25 y 26 de octubre de 1972, dicho informe fue aprobado por 82 votos a favor, 7 en contra y 3 abstenciones¹⁵¹.

En su informe, el Comité se mostraba conforme con la base jurídica¹⁵² y con la forma jurídica que se había adoptado para este proyecto de estatuto de la SE, consideraba que la elaboración de una legislación completa sobre las sociedades anónimas requería un instrumento adecuado como era el Reglamento de Consejo y efectuaba una serie de observaciones generales y particulares.

En las observaciones generales se destacaba la importancia que un instrumento jurídico como el estatuto de SE tenía para el proceso de integración europea, para la mejora de la competitividad de las empresas europeas y para el desarrollo del Derecho de sociedades. La SE permitiría superar las fronteras en el territorio comunitario, tanto en el plano económico, como social y político y reforzaría la cohesión dentro de la Comunidad; la conjunción de intereses económicos y humanos que coexistirían en el seno de unas SE reguladas por un Derecho comunitario, no sólo permitiría superar las fronteras de los mercados nacionales, sino que también contribuiría en el proceso de integración política de Europa.

Los procesos de concentración, fusión, cambio de domicilio social, en definitiva, los procesos de adaptación y reestructuración de empresas se verían favorecidos por el estatuto de la SE, consiguiendo, además, eliminar, tanto las reticencias de orden psicológico como las dificultades jurídicas con las que tropezaban las empresas, lo que contribuiría a mejorar la competitividad de las mismas.

Además, según el Comité, el hecho de que la SE se regulara por un Derecho de autentica naturaleza comunitaria influiría, sin duda, en la evolución de las legislaciones nacionales en materia societaria, e igualmente, las directivas comunitarias, tanto presentes, como futuras, relativas a la coordinación del Derecho de sociedades¹⁵³, deberían de tener en cuenta las disposiciones del estatuto de la SE a fin de evitar divergencias entre estos dos instrumentos de Derecho comunitario y discriminaciones entre las sociedades de Derecho nacional y las SE.

En relación con las disposiciones recogidas en el Título IV del proyecto de estatuto relativas a los órganos, el Comité consideraba muy acertado el establecimiento del sistema dualista de administración para las SE, ya que una delimitación clara de las funciones que

¹⁵¹ JOCE núm. C 131, de 13 de diciembre de 1972.

¹⁵² El Proyecto de estatuto de SE de 1970 se fundamentaba en el artículo 235 del TCEE. Este artículo, cuyo contenido se corresponde con el artículo 308 del TCE (actual artículo 352.1 del Tratado de funcionamiento de la UE), permitía la extensión de la competencia de las instituciones comunitarias para alcanzar los objetivos de la Comunidad a casos no previstos expresamente en el Tratado.

¹⁵³ Según lo previsto en el artículo 54.3.g) del TCEE y con el fin de alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, el Consejo debía mediante directivas proceder a coordinar, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58 (por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo), para proteger los intereses de socios y terceros.

debían ser competencia de cada uno de los órganos (órgano de dirección y órgano de control) favorecería, tanto el funcionamiento interno de la sociedad, como el externo, además, esperaba que tuviera un efecto armonizador en las diversas legislaciones nacionales, de modo que éstas adoptaran este sistema en sus respectivas legislaciones¹⁵⁴. Igualmente, estimaba que los actos sujetos a la aprobación del Consejo de vigilancia debían definirse de forma precisa, evitando términos ambiguos como “considerable” o “importante” y apuntaba como solución la posibilidad de que el Consejo de vigilancia elaborase un reglamento interno donde se recogieran de forma precisa y concreta los actos que debían ser sometidos a su aprobación.

B. INFORME DEL PARLAMENTO EUROPEO

El informe del Parlamento Europeo, sobre el proyecto de estatuto de la SE, se publicó el 7 de agosto de 1974 en el JOCE¹⁵⁵. En dicho informe el Parlamento, al igual que lo había hecho el Comité, se mostraba de acuerdo en cuanto a la base jurídica¹⁵⁶ elegida, ya que consideraba que los poderes de acción que preveía el Tratado de Roma eran insuficientes para introducir este nuevo instrumento jurídico (la SE)¹⁵⁷. Teniendo en cuenta las divergencias existentes en las legislaciones de los Estados miembros, la coordinación de las mismas resultaba insuficiente para el establecimiento y funcionamiento de un Mercado Común en el territorio de la Comunidad y para la consecución de la unión económica y monetaria, y por todo ello, el Parlamento felicitaba a la Comisión por proponer un estatuto de SE que constituía un instrumento destinado a remediar los inconvenientes de la diversidad legislativa y a favorecer la cooperación internacional en las empresas de la Comunidad; no obstante apuntaba que este Reglamento de SE debía de estar en concordancia con otras disposiciones comunitarias ya elaboradas relativas al Derecho de sociedades, a fin de evitar disparidades jurídicas entre las disposiciones nacionales y la normativa comunitaria.

Asimismo, y para evitar que la elección del domicilio social viniera motivada por las características de un determinado régimen fiscal, estimaba que era necesario acelerar los trabajos relativos a la armonización referente a los impuestos aplicables a las sociedades anónimas y a sus accionistas. En este sentido, el Parlamento Europeo se mostraba de

¹⁵⁴ En contra de lo que el Comité estimó, además de no tener ningún efecto armonizador, ha sido precisamente la materia relativa a los órganos, en cuanto al establecimiento de un sistema monista o dualista, una de las más controvertidas a lo largo del proceso de gestación de la SE.

¹⁵⁵ JOCE número C 93, de 7 de agosto de 1974.

¹⁵⁶ El Proyecto de estatuto de SE de 1970 se basó en el artículo 235 TCEE (actual artículo 352.1 del Tratado de funcionamiento de la UE), que establece: “cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del Mercado Común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes” (debo hacer la observación de que según la nueva redacción dada al actual artículo 352.1 del Tratado de funcionamiento de la UE se requiere en estos supuestos la aprobación del Parlamento Europeo. En efecto, el citado artículo 352.1 recoge, literalmente, que “cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo”).

¹⁵⁷ Concretamente, en el punto catorce, se especificaba que los poderes de acción del Tratado no eran suficientes para la introducción de este nuevo instrumento jurídico y, por tanto, se consideraba que se daban las condiciones necesarias para la aplicación del artículo 235 del Tratado, en base al cual la Comisión había fundamentado su propuesta y en el punto quince expresaba su consideración en torno a la elección del artículo 235, en el sentido de que con su utilización se permitía atender los objetivos comunitarios con los instrumentos ofertados por las disposiciones comunitarias y con la participación efectiva del Parlamento Europeo.

acuerdo en que no se debía conceder a las SE un régimen fiscal privilegiado en relación con las sociedades de Derecho nacional, con el fin de evitar distorsiones en la concurrencia.

El Parlamento, en este informe, resaltaba las repercusiones que el Reglamento de la SE tendría no sólo en el sector económico, sino también en el sector político, puesto que la fusión y concentración de empresas conllevaría un crecimiento y fortalecimiento de la industria en el seno de la Comunidad, facilitando las relaciones económicas de carácter internacional frecuentemente dificultadas por el carácter nacional de las empresas, lo cual sin duda, repercutiría favorablemente en la economía comunitaria así como, en el acercamiento de las gentes de la Comunidad y el progreso del Derecho comunitario, lo que implicaría una mayor relevancia de la Comunidad Europea en el mercado mundial, acrecentándose, igualmente, su relevancia política. Asimismo, consideraba que la SE sería un instrumento jurídico útil para que las empresas pudieran acudir al mercado de capitales, a cuyo efecto sería conveniente que lo antes posible se produjera un acercamiento de las disposiciones nacionales que regulaban esta materia, además, constituiría un instrumento adecuado para permitir a las empresas adaptarse a las dimensiones económicas que requerían las innovaciones tecnológicas y productivas, mejorando, de esta forma, la competitividad de las empresas europeas en el mercado mundial, constituyendo las SE un factor importante para el desarrollo de una política industrial común que, sin duda, sería un elemento esencial en la unión económica perseguida. El Parlamento invitaba a la Comisión a estudiar la posibilidad de extender el acceso de las cooperativas y de las sociedades de responsabilidad limitada a este nuevo tipo societario.

En relación con la participación de los trabajadores, el Parlamento se mostraba convencido de que la solidaridad económica, social y política de Europa no podía concebirse sin la participación de los trabajadores en la vida de las empresas y consideraba que la SE ofrecía a los trabajadores la posibilidad de participar activamente en las mismas; además, las relaciones de los trabajadores de los diversos establecimientos de las SE, que obviamente estarían situados en varios países de la Comunidad, favorecería, sin duda, el nacimiento de un sindicalismo europeo; la creación de un Comité europeo de empresa constituiría una base institucional que garantizaría que los representantes de los trabajadores dispusieran de una información lo más completa posible de todos los problemas relevantes de la SE y de los establecimientos de la misma, otorgando a estos representantes un poder de codecisión. El Parlamento estimaba que también sería oportuno, para asegurar una representación eficaz de los accionistas y de los trabajadores, que el Consejo de vigilancia estuviera compuesto por un tercio de representantes de los accionistas, un tercio de representantes de los trabajadores y el tercio restante por miembros cooptados por los dos tercios anteriores¹⁵⁸.

En cuanto a la regulación de los grupos de sociedades, recogida en el Proyecto de estatuto de 1970, reconocía el interés de esta temática y felicitaba a la Comisión por haber regulado la materia de manera uniforme y completa y mostraba su deseo de que se introdujera en las legislaciones de los Estados miembros una regulación similar para los grupos de sociedades nacionales.

¹⁵⁸ El Parlamento estaba ampliando la representación de los trabajadores en el seno del órgano de vigilancia, puesto que el Proyecto de estatuto de 1970 cifraba la participación de los representantes de los trabajadores en un tercio (concretamente el artículo 137 de dicho proyecto, dejando a salvo la posibilidad de que estatutariamente se fijara un número más elevado de representación de los trabajadores, fijaba la proporción en un miembro por cada dos de los designados por la Junta general), y sin embargo, el Parlamento Europeo en el punto veinticuatro señalaba que estimaba oportuno, con el fin de asegurar una representación eficaz de los accionistas y de los trabajadores de la SE, que el Consejo de vigilancia estuviera compuesto por un tercio de representantes del capital, un tercio de representantes de los trabajadores, y el restante tercio por personas cooptadas por los grupos anteriores.

Finalmente, el Parlamento instaba a la Comisión a que, haciendo suyas las modificaciones propuestas y teniendo en cuenta las observaciones recogidas en la Exposición de Motivos, procediera a la redacción definitiva del texto del Reglamento de la SE y, al Consejo a aprobar, con la máxima celeridad, dicha propuesta de Reglamento.

2. PROYECTO DE ESTATUTO DE 1975

Tras los informes y las propuestas de modificación presentadas por el Comité Económico y Social y por el Parlamento Europeo, la Comisión presentó, el 30 de abril de 1975, una propuesta modificada del proyecto de estatuto¹⁵⁹.

Este proyecto, al igual que el presentado en 1970 (del que difería en algunos detalles), era un proyecto voluminoso, estaba precedido de una exposición motivada e integrado por más de cuatrocientos artículos (284 artículos y cuatro anexos de 50 artículos); su regulación, en consecuencia, era también exhaustiva y ofrecía un modelo normativo completo, siendo su sistemática y contenido muy similar a su predecesor, estableciéndose con carácter imperativo el sistema de administración dual y además también se recogía en su articulado la participación de los trabajadores en la sociedad.

El Proyecto de 1975 pretendía crear una SE regulada en todos sus aspectos por un estatuto de Derecho comunitario¹⁶⁰; las posibles lagunas se cubrían con los principios generales que le inspiraban, debiendo acudir en su defecto, a los principios generales comunes de los Derechos de los Estados miembros¹⁶¹. Se exigía la constitución en forma de sociedad anónima¹⁶². El domicilio debía de fijarse dentro de la Comunidad y la sociedad debía inscribirse en un registro europeo¹⁶³.

¹⁵⁹ Boletín CEE, Anexo 4/75, 13 de mayo de 1975.

¹⁶⁰ Considerando séptimo del Proyecto de estatuto de SE de 1975: “considerando que la única solución para conseguir a la vez la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa europea es, por consiguiente, la de permitir la constitución, junto a sociedades dependientes de uno u otro Derecho nacional, de sociedades íntegramente regidas por un derecho único, directamente aplicable a todos los Estados miembros, eliminando así para esta forma jurídica de sociedad toda aceptación de dependencia jurídica de tal o cual país”

¹⁶¹ Considerando duodécimo del Proyecto de estatuto de SE de 1975: “considerando que, para obtener todas las ventajas de la unidad de régimen es importante que la totalidad de las normas sobre constitución, estructura, funcionamiento y liquidación de la SE se sustraigan a la aplicación de los Derechos nacionales; que es importante para ello establecer un estatuto de SE integrado por un conjunto de disposiciones normativas y remitir a los principios generales comunes de los Derechos de los Estados miembros todas las cuestiones relativas a materias regidas por este estatuto y que no hayan sido expresamente reguladas en el mismo”.

¹⁶² Considerandos décimo y undécimo del Proyecto de estatuto de SE de 1975: “considerando que el objetivo esencial perseguido por el régimen jurídico de una SE exige en todo caso, sin perjuicio de las necesidades económicas que pudieran aparecer en el futuro, que tal sociedad pueda constituirse tanto para permitir a sociedades dependientes de Estados miembros diferentes su fusión o la creación de una sociedad *holding* como para dar la posibilidad a sociedades y a otras personas jurídicas que ejercen una actividad económica y que dependen de diferentes Estados miembros de constituir filiales comunes; que, además, en caso de constitución por fusión o de creación de *holding*, basta, para conseguir los objetivos económicos perseguidos, al tiempo que se simplifican las operaciones de constitución, con no admitir como fundadores de una SE, además de otra SE, nada más que sociedades de Derecho nacional que hayan adoptado la forma de sociedades anónimas”. “Considerando que el propio régimen de SE debe ser el de una sociedad de capital por acciones, que es el que más adecuadamente responde, tanto desde el punto de vista financiero como del de la gestión, a las necesidades de las empresas que realizan sus actividades a nivel europeo; que para asegurar a tales empresas una dimensión razonable conviene fijar un capital mínimo íntegramente desembolsado que garantice que estas sociedades dispongan de un patrimonio suficiente, sin que por ello se obstaculice la constitución de SE por empresas nacionales de importancia media; que, sin embargo, la cuantía de ese capital debe ser inferior en el caso de constitución de filiales”.

¹⁶³ Considerando decimotercero del Proyecto de estatuto de SE de 1975: “considerando que, para asegurar también la unidad de régimen, es indispensable que la constitución de la SE se someta a un procedimiento de inmatriculación en un registro central, bajo un control judicial que permita suprimir todas las

En cuanto a los órganos de gestión de la SE preveía un Comité de dirección que era el encargado de la gestión de la sociedad y ejercía sus funciones bajo la supervisión de un Consejo de vigilancia¹⁶⁴. La regulación de estos órganos era muy similar a la recogida en el proyecto precedente de 1970, con algunas pequeñas variaciones que seguidamente recogeré.

La competencia para el nombramiento de los miembros del Comité de dirección correspondía al Consejo de vigilancia. Los miembros del primer Comité de dirección debían ser designados por los estatutos de la SE; además se limitaba a seis años el plazo de los nombramientos de los miembros del Comité de dirección, aunque podían ser reelegidos¹⁶⁵.

Por lo que respecta a los actos sometidos a la previa autorización del Consejo de vigilancia, se hacía extensiva la necesaria autorización a las empresas de grupo dependientes de la SE, puntualizándose que se debía valorar, a efectos de la oportuna autorización, la incidencia de las medidas sobre la naturaleza y volumen de las actividades de la empresa y sobre la situación de empleo de la SE y de las empresas del grupo. Además, se indicaba que las disposiciones recogidas en este artículo no afectaban a los poderes de la Junta general, del Comité de empresa de grupo, ni a los del Comité europeo de empresa¹⁶⁶.

En cuanto a los contratos en los que la SE era parte y a su vez tuviera algún interés, aunque fuera indirecto, alguno o algunos de los miembros del Comité de dirección, se puntualizaba que el miembro interesado quedaba excluido de las deliberaciones del Comité sobre el mismo. El Consejo de vigilancia debía comunicar, cada año, a la Junta general las autorizaciones dadas para la celebración de este tipo de contratos. Además, cualquier miembro de los órganos de dirección o de vigilancia, que tuviera conocimiento de un contrato de este tipo, venían obligados a informar de ello a ambos órganos¹⁶⁷.

Por lo que respecta a la responsabilidad de los miembros del Comité de dirección frente a la sociedad, se añadía que la autorización o aprobación dada por la Junta general no exoneraba de responsabilidad a los miembros del Comité de dirección¹⁶⁸, posibilitando que

posibilidades de nulidad de la sociedad una vez constituida; que una jurisdicción europea única debe encargarse de asegurar ese control, so pena de permitir que se creen divergencias de apreciación en el examen de escrituras y documentos preparados por los fundadores; que la competencia deberá, naturalmente, en todo caso confiarse a la institución judicial de las Comunidades, la Corte de Justicia de las Comunidades europeas”.

¹⁶⁴ Considerando decimocuarto del Proyecto de estatuto de SE de 1975: “considerando que para permitir a la SE una gestión eficaz, asegurando al mismo tiempo un control sobre la misma, es conveniente dotar a la sociedad de un sistema en el que las responsabilidades estén claramente separadas y, a este fin, prever un Comité de dirección encargado de la gestión de los asuntos bajo el control de un Consejo de vigilancia, y cuyos miembros sean nombrados por este último órgano”. Se imponía, por tanto, un sistema dualista de administración siguiendo el modelo alemán, el cual era desconocido por el ordenamiento jurídico societario español, al igual que por otros ordenamientos comunitarios.

¹⁶⁵ Así venía establecido en el artículo 63.1 y 2 del Proyecto de estatuto de SE de 1975. El Consejo de vigilancia nombraba a los miembros del Comité de dirección por un período que no podía exceder de seis años, aunque su mandato podía ser renovado y además (al igual que el Proyecto de 1970), era el encargado de celebrar, en nombre de la sociedad, un contrato con cada uno de los miembros del Comité de dirección, a fin de fijar el modo y la cuantía de su remuneración.

¹⁶⁶ A tenor de lo previsto en el artículo 66.1, 2 y 5 del Proyecto de estatuto de SE de 1975. Las disposiciones contenidas en este artículo no afectaban a terceros, por tanto, en caso de ausencia o irregularidad en la autorización previa, el acto era válido ante terceros, salvo que la sociedad probara que el tercero conocía la ausencia o irregularidad de la autorización o que no podía ignorarlo teniendo en cuenta las circunstancias.

¹⁶⁷ Así quedaba recogido en el artículo 69. 4 del Proyecto de estatuto de SE de 1975. Con el fin de asegurar un comportamiento fiel y un servicio leal a la sociedad, los miembros del Comité de dirección no debían estar en conflicto de intereses con la misma y por tanto, cuando un miembro del Comité de dirección tuviera un interés personal, aunque fuera indirecto, estaba obligado a solicitar la autorización previa del Consejo de vigilancia, no pudiendo el miembro interesado tomar parte en la deliberación del Comité de dirección sobre dicho contrato.

¹⁶⁸ Según lo dispuesto en el artículo 71. 4 del Proyecto de estatuto de SE de 1975. En efecto, el artículo 71 venía a regular la responsabilidad de los miembros del Comité de dirección frente a la sociedad (acción social), al igual que sucedía en el Proyecto precedente de 1970 (cuando el órgano de dirección era colegiado) regía el principio de solidaridad, aunque, cualquiera de sus miembros podía exonerarse si probaba

los acreedores de la sociedad, que probaran no haber podido satisfacer los créditos que ostentaban contra la misma, pudieran ejercitar la acción social de responsabilidad¹⁶⁹. Igualmente, se regulaba la responsabilidad frente a los accionistas y terceros¹⁷⁰.

El Consejo de vigilancia era el órgano encargado de ejercer un control permanente sobre la gestión social que desempeñaba el Comité de dirección. Los artículos dedicados a regular este órgano de control presentaban un contenido más exhaustivo que el de sus homólogos correspondientes al Proyecto de 1970. Las funciones propiamente dichas del Consejo de vigilancia se recogían de manera similar a la que constaba en el proyecto precedente, si bien, en relación con los derechos de información se otorgaba, tanto al Consejo de vigilancia, como a un tercio de sus miembros, la posibilidad de: pedir al Comité de dirección información sobre la marcha de los negocios de la sociedad o de las empresas que dependían de ella (estando obligado el Comité a comunicar, simultáneamente, a todos los miembros del Consejo de vigilancia, las informaciones y documentos solicitados); examinar los libros sociales, la correspondencia, las actas y demás documentos de la sociedad; encargar, a uno o varios expertos, la realización de las comprobaciones que estimaran necesarias. Además se otorgaba a cualquiera de los miembros del Consejo de vigilancia el derecho a conocer todos los documentos e informaciones comunicados por el Comité al Consejo¹⁷¹.

Sólo las personas físicas podían ser miembros del Consejo de vigilancia; además, ninguno de sus miembros podía ostentar dicho cargo en más de diez sociedades, ni formar parte del órgano de gestión de una empresa dependiente de la SE. El número de miembros del Consejo de vigilancia debía ser impar y divisible por tres, en los supuestos en que la sociedad tuviera establecimientos en más de un Estado miembro, la cifra de éstos debía de ser al menos de nueve¹⁷². El Consejo de vigilancia estaba compuesto por un tercio que

que no le era imputable falta alguna y además, que había denunciado previamente por escrito el acto o la omisión de que se tratara, desde el momento en que hubiera tenido conocimiento del mismo; la autorización dada por el Consejo de vigilancia no les exoneraba de responsabilidad. Además, en este Proyecto de 1975 se añadía que tampoco podían quedar exonerados de su responsabilidad por el descargo dado por la Junta general, ni por una autorización de ésta.

¹⁶⁹ De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 72.4 del Proyecto de estatuto de SE de 1975. Tanto el Consejo de vigilancia, como la Junta general estaban legitimados para el ejercicio de la acción social de responsabilidad (también, se reconocía un derecho de acción a determinadas minorías de accionistas -uno o varios accionistas que, bien representaran un cinco por ciento del capital social o, bien reunieran un importe nominal de acciones correspondiente a cien mil unidades de cuenta-); pero además esta acción también podía ser entablada por los acreedores que probaran que no habían podido obtener satisfacción de la sociedad (esta posibilidad no se recogía en el Proyecto precedente de 1970).

¹⁷⁰ A tenor de lo establecido en el artículo 72-a del Proyecto de estatuto de SE de 1975. Los miembros del Comité de dirección respondían con carácter solidario e ilimitadamente frente a los accionistas y terceros del perjuicio sufrido personalmente por éstos, tanto por las infracciones a las disposiciones del estatuto de la SE, como por las violaciones de los estatutos sociales o por el incumplimiento de las obligaciones inherentes al desempeño de sus funciones, no quedando exonerados por la autorización dada por el Consejo de vigilancia o por la aprobación o autorización dada por la Junta general. La acción prescribía a los tres años.

¹⁷¹ Según lo establecido por el artículo 73-a del Proyecto de estatuto de SE de 1975. Este artículo ampliaba notablemente los derechos de información de los miembros del Consejo de vigilancia en relación con la gestión que competía al Comité de dirección. En el anterior Proyecto de 1970 el órgano de vigilancia era el encargado tanto de recibir como de solicitar la información proveniente del órgano de dirección; por el contrario, en el Proyecto de 1975 los derechos de solicitar información (debiendo el Comité de dirección comunicar, simultáneamente a todos los miembros del órgano de vigilancia, las informaciones y documentos solicitados), de examinar la documentación y de realizar las oportunas comprobaciones se otorgaban, además de al Consejo de vigilancia, a un tercio de sus miembros.

¹⁷² A tenor de lo previsto en el artículo 74 del Proyecto de estatuto de SE de 1975. Se fijaba una regla aritmética similar a la recogida en el proyecto antecesor (aunque se ampliaba la representación de los trabajadores en el seno del órgano de vigilancia, siguiendo las indicaciones recogidas en el informe del Parlamento Europeo), pensando en la entrada de los representantes de los trabajadores en el órgano de control y con el fin de asegurar una proporción suficientemente equilibrada entre los grupos de miembros (un tercio

representaba a los accionistas, un tercio a los trabajadores y el tercio restante por miembros cooptados por ambos grupos¹⁷³. Se reducía la duración del mandato a cuatro años, con posibilidad de reelección¹⁷⁴.

En cuanto a los contratos en los que la SE fuera parte y a su vez tuviera algún interés, incluso indirecto, alguno o algunos de los miembros del Comité de dirección, debían ser autorizados por el Consejo de vigilancia, se puntualizaba que el miembro interesado no debía intervenir en la deliberación sobre la concesión de la autorización. El Consejo de vigilancia debía comunicar cada año a la Junta general, las autorizaciones dadas para la celebración de este tipo de contratos. Además, cualquier miembro de los órganos de dirección o de vigilancia que tuviera conocimiento de un contrato de este tipo venía obligado a informar de ello a ambos órganos¹⁷⁵.

Por lo que respecta a la responsabilidad de los miembros del Consejo de vigilancia frente a la sociedad se añadía que la autorización o aprobación dada por la Junta general no exoneraba de responsabilidad a éstos¹⁷⁶, posibilitando que los acreedores de la sociedad pudieran ejercitar la acción social de responsabilidad¹⁷⁷. Igualmente, se regulaba la responsabilidad frente a los accionistas y terceros¹⁷⁸.

Su fundamentación, al igual que su antecesor de 1970, se apoyaba en el artículo 235 TCEE (artículo 308 TCE –actual artículo 352.1 del Tratado de funcionamiento de la UE–) y, asimismo, se utilizaba por la Comisión la vía del reglamento para este nuevo proyecto de estatuto de SE.

Al igual que el proyecto anterior, el Proyecto de estatuto sobre SE de 1975 preveía la participación de los trabajadores en la gestión de la SE, imponiendo la presencia de los representantes de los mismos en el Consejo de vigilancia¹⁷⁹ y optando, por tanto, por un

compuesto por representantes de los accionistas, un tercio compuesto por representantes de los trabajadores y un tercio por miembros cooptados por los otros dos grupos).

¹⁷³ Se recogían, de esta forma, las opiniones vertidas sobre este tema, por el Parlamento europeo, en el informe que emitió sobre el Proyecto de estatuto de SE de 1970, y que fue publicado el 7 de agosto de 1974, en el JOCE número C 93. Concretamente en el punto 24 se señalaba que se consideraba oportuno, con el fin de asegurar una representación eficaz de accionistas y trabajadores de la SE, que el Consejo de vigilancia estuviera compuesto por un tercio de representantes del capital, un tercio de representantes de los trabajadores y el tercio restante por personas cooptadas por estas dos categorías.

¹⁷⁴ Tal y como venía determinado por el artículo 74-c del Proyecto de estatuto de SE de 1975. El artículo 74.3 del anterior Proyecto de 1970 decía que los miembros del Consejo de vigilancia eran nombrados por el plazo fijado en los estatutos que no podía exceder de cinco años.

¹⁷⁵ Según lo dispuesto por el artículo 69.4 del Proyecto de estatuto de SE de 1975. Con las previsiones contenidas en este artículo se estaba intentando prevenir y regular los posibles conflictos de intereses que podían darse entre los miembros del Comité de dirección y la SE. Las autorizaciones dadas por el Consejo de vigilancia eran objeto de comunicación a la Junta general, con carácter anual.

¹⁷⁶ A tenor de lo previsto en el artículo 81.3. del Proyecto de estatuto de SE de 1975. Esta disposición venía a regular la acción social de responsabilidad contra los miembros del Consejo de vigilancia y lo hacía de forma similar a la contenida en el artículo 71 relativo a la responsabilidad de los miembros del Comité de dirección.

¹⁷⁷ Así se recogía en el artículo 81.5. del Proyecto de estatuto de SE de 1975. Estaban legitimados para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, contra los miembros del Consejo de vigilancia, tanto la Junta general, como los accionistas (uno o varios accionistas que, bien representasen un cinco por ciento del capital social o, bien reunieran un importe nominal de acciones correspondiente a cien mil unidades de cuenta), los acreedores que probaran que sus créditos no habían sido satisfechos por la sociedad y el síndico, en caso de quiebra.

¹⁷⁸ Tal y como preceptuaba el artículo 81-a del Proyecto de estatuto de SE de 1975. Esta disposición venía a regular la acción individual de responsabilidad, en virtud de la cual los miembros del Consejo de vigilancia respondían frente a los accionistas y terceros del perjuicio sufrido personalmente por éstos y lo hacían de forma similar a la contenida en el artículo 72-a relativo a la responsabilidad de los miembros del Comité de dirección frente a los accionistas y terceros.

¹⁷⁹ Viéndose incrementada la participación de los trabajadores en este Proyecto de estatuto de SE de 1975, a tenor de lo dispuesto en el artículo 74-a que establecía una composición del Consejo de vigilancia por

sistema de cogestión y por un modelo dualista obligatorio, lo que hizo que, tanto por parte de algunos Estados miembros (que se resistían a aceptar modelos societarios foráneos), como por parte de las organizaciones empresariales (recelosas de la participación de los trabajadores) se produjera un rechazo, a lo que hay que añadir, además, la dificultad de conseguir un acuerdo en las citadas materias, por lo que, en 1982 se suspendieron las deliberaciones sobre el citado texto en el seno del Consejo, esperando que de alguna manera, mediante el avance de la tarea de armonización de los diversos Derechos nacionales, se pudiera desbloquear la situación.

3. RELANZAMIENTO DEL PROYECTO DE ESTATUTO DE SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

Los Proyectos de estatuto de SE de 1970 y 1975 contenían soluciones demasiado originales para poder ser aceptadas. Los Estados miembros no estaban preparados para imponer obligaciones que pusieran impedimentos a la gestión de los grupos de sociedades y menos aún para imponer la presencia de los representantes de los trabajadores en los órganos sociales, sistema que, en aquella época, sólo recogía el ordenamiento jurídico alemán y a mayor abundamiento había que tener en cuenta que las disposiciones de ambos proyectos, al instrumentarse mediante Reglamento del Consejo, eran de aplicación directa en todos los Estados miembros sin intervención alguna de los Parlamentos nacionales, lo que impedía contemplar las específicas situaciones nacionales y la diversidad de tradiciones existentes en la materia. Además, los Estados miembros no podían permitir que las SE escaparan a su Derecho nacional y entraran en competencia con sus propias sociedades¹⁸⁰. En definitiva, los citados proyectos constituían, sin duda, unas propuestas demasiado innovadoras para la época¹⁸¹, lo que hizo que, después de innumerables debates, las propuestas quedaran en vía muerta mientras que, paulatinamente, se iba produciendo una armonización del Derecho de sociedades.

Por otra parte, Europa seguía haciendo camino. En 1978, el Consejo Europeo de Bremen, a propuesta de Francia y de la República Federal de Alemania, decidió el establecimiento de un Sistema Monetario Europeo que empezó a funcionar en marzo de 1979; en junio de 1979, tuvo lugar la primera elección, por sufragio universal directo, al Parlamento Europeo. En 1981 Grecia entró a formar parte de la Comunidad Europea. En 1984, el Parlamento Europeo aprobó el proyecto de Tratado para la fundación de la UE¹⁸²;

tercios, un tercio estaba compuesto por representantes de los accionistas, otro tercio por representantes de los trabajadores y el último tercio por representantes cooptados por los dos grupos anteriores.

¹⁸⁰ BLANQUET, F., “Enfin la société européenne «la SE»”, ya cit., pág. 69.

¹⁸¹ Se produjo un rechazo casi unánime a un estatuto jurídico de SE de carácter totalizador y sin referencia alguna a los ordenamientos nacionales.

¹⁸² Proyecto Spinelli. En la lección inaugural del curso 1994-1995, pronunciada el día 18 de octubre de 1994, por el profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA, en el Instituto Universitario Ortega y Gasset, se hizo expresa referencia a este proyecto y literalmente se dijo que “el Proyecto Spinelli fue un fruto del movimiento federalista —que, por cierto, sigue existiendo con la bandera de su nombre en la Fundación Altiero Spinelli, un socialista italiano ya fallecido— que se significó resueltamente en esa dirección. Este Proyecto se apoya en un hecho sumamente simple: por vez primera existía un Parlamento Europeo que había sido elegido directamente por todo el pueblo europeo mediante sufragio universal.

Los propugnadores del Proyecto entendieron que este simple hecho había alterado sustancialmente el equilibrio institucional de las Comunidades...

Este Tratado, Constitución o Proyecto de Constitución Europea fue aprobado en 1984 por el Parlamento en forma masiva: 258 votos favorables, contra 35 noes y 23 abstenciones. Se trata de un texto parlamentario puro, elaborado en el seno del propio Parlamento, sin ninguna intervención ni de la Comisión, órgano técnico de funcionamiento de las Comunidades, ni del Consejo, sin ninguna intervención tampoco de los Estados o de sus Gobiernos.

El Parlamento Europeo llevó este criterio hasta el punto de pretender contornear a los propios Gobiernos de los Estados para la ratificación definitiva que lo convertiría en un instrumento internacional y

en junio de 1984, tuvieron lugar las segundas elecciones europeas. En enero de 1985, Jaques Delors fue elegido presidente de la Comisión de las Comunidades Europeas; en el Consejo Europeo de Luxemburgo los diez Estados miembros acordaron revisar el Tratado de Roma y relanzar el proceso de integración europea mediante la elaboración de una Acta Única Europea. En 1986 se produjo la entrada de España y Portugal en la Comunidad Europea, se firmó el Acta Única Europea que modificaba el Tratado de Roma y que entró en vigor en julio de 1987¹⁸³.

En relación con el Mercado Interior, el Consejo Europeo mostró, en sucesivas reuniones, un interés prioritario sobre su consecución y las medidas a adoptar en orden al establecimiento de un gran mercado único; para ello, los Estados miembros debían de llegar a los acuerdos necesarios a efectos de abolir las barreras que pudieran existir para la consecución de este objetivo, e igualmente, resultaba necesaria una armonización de la normativa y una aproximación de las diversas legislaciones.

Cito seguidamente algunas declaraciones del Consejo Europeo relativas al Mercado Interior:

- “El Consejo Europeo...encomienda...adoptar una decisión, a más tardar a finales de marzo de 1983, sobre las medidas prioritarias propuestas por la Comisión para reforzar el Mercado Interior”¹⁸⁴.
- “El Consejo Europeo...ha convenido que, en su formación adecuada, el Consejo debería: adoptar medidas para completar el Mercado Interior, incluida la aplicación de normas europeas”¹⁸⁵.
- “...el consejo Europeo ha insistido especialmente en los cuatro ámbitos de acción siguientes: a) acciones dirigidas a la realización, desde el presente hasta 1992, de un gran mercado único como consecuencia del cual se cree un entorno más propicio para el estímulo de la empresa, de la competencia y de los intercambios; invita a la Comisión a adoptar, a tal efecto, antes de su próxima sesión, un programa detallado acompañado de un calendario preciso”¹⁸⁶.

modificaría todos los Tratados anteriores a este Proyecto de Constitución. A este efecto el Parlamento europeo entró en contacto directo con los Parlamentos nacionales, al margen por completo de los Gobiernos respectivos, que no se utilizaron ni siquiera como cauce de comunicación, pidiendo a dichos Parlamentos la ratificación del Proyecto de Tratado.

El desafío directo a los Gobiernos resultó excesivo. Estos reaccionan, al fin, y en la cumbre del Consejo de Milán de 1985 el Consejo invoca el artículo 236 del Tratado CEE que establece lo que hoy dispone el artículo N de Maastricht que antes he leído, esto es, que las revisiones de los Tratados deben realizarse previa una Conferencia intergubernamental que ha de proponer los preceptos de los Tratados que deben ser modificados. Consecuentemente, se convoca una Conferencia intergubernamental, que muy rápidamente, para interferir la iniciativa parlamentaria, elaborará y hará aprobar el Acta Única Europea de 1986, que fue el precio del abandono del primer Proyecto constitucional europeo o Proyecto Spinelli”.

El texto integro de esta lección inaugural puede consultarse en la siguiente pág. web: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_045_009.pdf y en GARCÍA DE ENTERRIA MARTÍNEZ-CARANDE, E., “El Proyecto de Constitución Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 45, septiembre-diciembre 1995, págs. 9-29.

¹⁸³ NAVALES, C., “La sociedad anónima europea (1966–2005)”, *Revista La Factoría*, número 32, enero-abril 2007, pág. 6.

¹⁸⁴ Copenhague, 3 y 4 de diciembre de 1982. Los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en Consejo Europeo en Copenhague, se plantearon como primera prioridad la consecución del Mercado Interior. Dicho compromiso se reitero en Fontainebleau en junio de 1984, en Dublín en diciembre del mismo año y, por último, en Bruselas en marzo de 1985.

¹⁸⁵ Dublín, 3 y 4 de diciembre de 1984.

¹⁸⁶ Bruselas 29 y 30 de marzo de 1985.

A. EL LIBRO BLANCO DE LA COMISIÓN

De las sucesivas manifestaciones del Consejo Europeo, en torno al Mercado Interior, se pone de relieve la prioridad que los Jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en Consejo Europeo, otorgaron a la consecución del Mercado Interior, por lo que en junio de 1985, la Comisión elaboró un “libro blanco” sobre la consecución del Mercado Interior¹⁸⁷. En dicho texto se reconocía que su objeto no era examinar todos los aspectos de la integración de las economías nacionales de la Comunidad, ya que se limitaba al Mercado Interior y a las medidas que requería directamente la creación de un amplio mercado único en el territorio de la Comunidad, aunque reconocía que existían otras cuestiones que afectaban a la integración económica y que influían directamente en la consecución del Mercado Interior, si bien, dichas cuestiones se hallaban sometidas a otras políticas comunitarias¹⁸⁸ y se indicaba que este libro blanco tenía por objeto precisar el programa y calendario de las acciones a seguir para la consecución del Mercado Común europeo, a tenor de la invitación que el Consejo de Bruselas, celebrado el 29 y 30 de marzo de 1985, efectuó a la Comisión¹⁸⁹.

Además, con la publicación por parte de la Comisión de este denominado Libro Blanco, el proyecto sobre la constitución de una SE recibió un nuevo impulso. El apartado VI del citado libro estaba referido al establecimiento de las condiciones que podían facilitar la cooperación industrial y se hacía mención a la necesidad de suprimir las barreras interiores y a la importancia que tenía establecer, a efectos de la consecución del Mercado Interior, la libre circulación de bienes, servicios y capitales; no obstante, también se incidía sobre la necesidad de crear las condiciones precisas en orden a favorecer el desarrollo y cooperación entre las empresas¹⁹⁰, aunque reconocía que la cooperación entre las empresas de los diversos Estados miembros se veía obstaculizada, tanto por problemas de orden jurídico, fiscal y administrativo, como por problemas derivados de la diversidad de costumbres y pensamiento de los países que formaban la Comunidad¹⁹¹.

¹⁸⁷ COM (85) 310 final, de 14 de junio de 1985. También puede consultarse la siguiente pág. web: http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_fr.pdf.

¹⁸⁸ Hacía referencia a las acciones tendentes al reforzamiento de la tecnología e investigación de la industria comunitaria, a la intensificación de la convergencia de las políticas económicas y del sistema monetario europeo, que, sin duda, constituían un factor esencial para la integración de los mercados nacionales. Véanse los puntos 17, 18 y 19 de este libro blanco.

¹⁸⁹ Véanse los puntos 2 y 3 de este libro blanco. En el punto 2 se recogía la invitación efectuada a la Comisión para adoptar “un programa detallado acompañado de un calendario preciso” y en el punto 3 se señalaba que “el presente libro blanco tiene por objeto precisar dicho programa y calendario”.

¹⁹⁰ Véase el punto 133 de este libro blanco, donde se señalaba que “la supresión de las barreras interiores, el establecimiento de una libre circulación de los bienes y capitales y la libre prestación de los servicios tienen una importancia capital para la creación de un Mercado Interior. No obstante, la Comunidad debe de ir más allá y crear un entorno cuyas condiciones favorezcan el desarrollo y la cooperación entre las empresas. Esta cooperación reforzará el tejido industrial y comercial del Mercado Interior, en particular en el caso de las pequeñas y medianas empresas, que, precisamente por su tamaño, son especialmente sensibles a su entorno general”.

¹⁹¹ Véase el punto 134 de este libro blanco, donde se recogía que “a pesar de los progresos realizados en la creación de dicho entorno, la cooperación entre empresas de distintos Estados miembros sigue obstaculizada por excesivos problemas jurídicos, fiscales y administrativos, a los que hay que añadir otros obstáculos puntuales, debidos más bien a las diferencias de actitudes mentales y de costumbres. Corresponde, sin embargo, a la Comisión adoptar las medidas necesarias para acabar con las distorsiones de la competencia resultantes de la «compartimentación» de los mercados derivada de los acuerdos sobre prácticas comerciales y de las ayudas encubiertas concedidas con fondos públicos. Por otra parte, la Comisión seguirá aplicando las normas sobre competencia, autorizando las cooperaciones entre empresas que puedan promover el progreso técnico o económico en el marco de un mercado unificado”.

En consecuencia, se proponía la creación de un marco jurídico que facilitara la cooperación entre las empresas, se reconocía que, precisamente la falta de un marco jurídico comunitario que permitiera favorecer la actividad transfronteriza y la cooperación entre las empresas de los distintos Estados miembros, había conducido al fracaso de numerosos proyectos comunes. En este sentido, se hacía referencia a la AEIE que, al estar regida por una legislación comunitaria uniforme, constituía una figura jurídica que, sin duda, facilitaría que las empresas de los distintos Estados miembros contribuyeran al desarrollo en común de determinadas actividades específicas¹⁹².

La Comisión señalaba que esperaba una decisión del Consejo sobre el estatuto de SE, ya que en un mercado unificado un instrumento de este tipo contribuiría, sin duda, a favorecer la cooperación industrial. En todo caso, la fecha límite para adoptar una decisión al respecto se fijaba en el año 1992, ya que dicho año era el establecido como término para la realización del mercado único, si bien y entretanto la Comisión continuaría adoptando las medidas necesarias para llevar a cabo la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, sin perjuicio de que, en función de los resultados que se fueran consiguiendo en este sentido, procediera a modificar la propuesta de estatuto de SE¹⁹³.

Lo cierto es que sin perjuicio de las manifestaciones recogidas en este Libro Blanco, la realización del Mercado Interior necesitaba de estructuras específicas para las empresas y, además, dichas estructuras debían fundarse en un Derecho independiente de los Estados miembros para evitar el cierre de los mercados nacionales en el interior de la Comunidad. El instrumento apropiado para llevarlo a cabo era la SE, fundada en un Derecho europeo¹⁹⁴.

B. MEMORÁNDUM DE LA COMISIÓN

Los días 29 y 30 de junio de 1987, tuvo lugar en Bruselas un Consejo Europeo y en las conclusiones que se presentaron al término del mismo se reconoció que una de las tareas esenciales de la Comunidad era el establecer un espacio económico común en el que se plasmasen la realización del mercado único y la cohesión económica y social. Asimismo, se subrayó la importancia de los trabajos realizados desde la presentación del Libro Blanco de la Comisión sobre el Mercado Interior, en junio de 1985 y se instó a las instituciones europeas a hacer rápidos progresos en lo referente a la adaptación del Derecho de sociedades, a fin de hacer posible la creación de una sociedad de Derecho europeo¹⁹⁵.

Tal y como el Presidente de la Comisión Jaques Delors subrayara ante este Consejo Europeo de Bruselas y ante el Congreso de la Confederación Europea de Sindicatos, en el discurso que pronunció en Estocolmo, la elaboración de un estatuto de SE constituía una medida fundamental para la realización del gran Mercado Interior de 1992, que debía

¹⁹² Véase el punto 136 de este libro blanco donde se decía que “la falta de un marco jurídico comunitario que favorezca la actividad transfronteriza de las empresas y la cooperación entre empresas de distintos Estados miembros ha llevado –quizá únicamente por razones psicológicas– al fracaso de numerosos proyectos comunes. Por vez primera, la Comunidad ha permitido la creación de un nuevo tipo de asociación, conocida como «Agrupación Europea de Interés Económico», esta agrupación se registrará por una legislación comunitaria uniforme y facilitará la realización de actividades específicas comunes por parte de empresas de distintos Estados miembros”.

¹⁹³ Véase el punto 137 de este libro blanco donde se recogía que “... es importante señalar que sigue esperándose una decisión del Consejo sobre la propuesta de la Comisión relativa al estatuto de la SE. La Comisión es consciente de que la creación de una forma de asociación jurídica opcional comunitaria presenta un interés considerable como instrumento favorecedor de la cooperación industrial en un mercado unificado. Desde el presente hasta 1992, tendrá que producirse una decisión al respecto. Entre tanto, la Comisión proyecta centrarse en las medidas de aproximación de las legislaciones nacionales y no excluye la posibilidad de modificar su propuesta relativa a la SE en función de los resultados ya obtenidos”.

¹⁹⁴ Véase ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 16, 2001-1, pág. 144.

¹⁹⁵ Bol. CE 6, 1987, punto 1.1.4.

facilitar la cooperación entre los agentes económicos y permitir avanzar en el plano social, proponiendo un régimen de participación de los trabajadores con distintas fórmulas.

Siguiendo los dictados de este Consejo Europeo, el 15 de julio de 1988 la Comisión presentó, al Parlamento, al Consejo y a los interlocutores sociales un Memorandum sobre Mercado Interior y cooperación industrial. Estatuto de la SE¹⁹⁶ en el que se solicitaba su pronunciamiento sobre tres cuestiones claves: el principio de un estatuto opcional; la independencia de dicho estatuto respecto a los Derechos nacionales; y la inclusión de las tres fórmulas de participación de los trabajadores¹⁹⁷.

Este memorándum estaba precedido de una introducción donde se ponía de manifiesto la necesidad de dotar a las empresas de instrumentos jurídicos adecuados que les permitieran generar nuevas actividades y reestructurar las ya existentes, de forma que pudieran proyectarse en el ámbito transnacional, y todo ello en base a una legislación europea que permitiera a los empresarios crear y dirigir empresas a escala europea; de esta forma se reforzaría la cooperación transfronteriza en el seno de la Comunidad y la reestructuración de la industria europea se realizaría de forma más eficaz, mejorando con ello su competitividad a escala mundial¹⁹⁸.

Además, se resaltaba en este proceso de reestructuración industrial europea el papel del dialogo social, considerando esencial que los trabajadores de la Comunidad vieran en la consecución del Mercado Interior una obra a la que habían contribuido y que protegía, de modo apropiado, sus intereses. Igualmente, se consideraba que una regulación a nivel europeo podría fomentar la participación de los trabajadores en las estructuras de decisión de la industria europea.

Asimismo, en la introducción del memorándum se constataba que existía un déficit instrumental en medios jurídicos de cooperación transnacional entre los que se encontraba el proyecto de estatuto de SE que había quedado estancado, sin duda, por los problemas que entrañaban las diferentes tradiciones de los Estados miembros, sobre todo en materia de implicación de los trabajadores. Efectivamente, para algunos países la implicación de los trabajadores en las decisiones de la empresa debía de establecerse sobre una base voluntaria, mientras que para otros, debía de venir fijada en los estatutos sociales. Así pues, para los primeros cualquier inclusión legislativa sobre esta materia en el Derecho de sociedades se veía como un precedente peligroso, mientras que para los segundos un sistema que no fuera similar al que conocían en su país suponía una amenaza, puesto que podía provocar una fuga de sus propias empresas hacia otros sistemas más permisivos en la materia.

En consecuencia, y siendo necesario revitalizar este instrumento de cooperación que era la SE, la Comisión consideraba que la clave pasaba por un consenso político que evitara posturas dogmáticas, debiendo hallarse un equilibrio entre las ventajas que ofrecía a las empresas el instrumento de cooperación que representaba el estatuto de SE y las aspiraciones de los asalariados a una participación plena en los procesos decisorios de las

¹⁹⁶ COM (88) 320 final. Publicado en: Bol. CE, suplemento 3/88 y en *Rivista delle società*, 1988, págs. 1414 y ss. También puede consultarse la siguiente página web:

http://europa.eu/documentation/official-docs/white-papers/pdf/european_company_white_paper.pdf.

¹⁹⁷ LARGO GIL, R., “La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 18, 2002-1, pág. 107.

¹⁹⁸ Efectivamente, ante la imposibilidad de constituir unidades productivas basadas en un estatuto de SE, se respondía con estrategias financieras y bursátiles multinacionales. Así, se creaban vínculos financieros mediante la adquisición de acciones de otras sociedades (toma de participaciones), mediante *holdings* que agrupaban sociedades que tenían actividad en distintos países, etc. Igualmente, se acudía a la oferta pública de compra de acciones (OPA), como instrumento de reestructuración.

empresas, teniendo en cuenta la contribución esencial de los trabajadores a la consecución del Mercado Interior¹⁹⁹.

Además, este memorándum constaba de seis apartados, una conclusión y dos anexos. En el primero de los apartados se hacía referencia a la necesidad de reforzar la cooperación, considerando que cualquier forma de cooperación transfronteriza entre empresas, así como la constitución de sociedades auténticamente europeas constituían elementos necesarios para poder aprovechar al máximo las ventajas que ofrecía un Mercado Interior comunitario. Se resaltaba además que, aún cuando siguiesen siendo válidos los argumentos relativos a la consecución de una integración económica, adquiriría una especial relevancia el hecho de que la posición competitiva de la Comunidad se veía amenazada por otros mercados mundiales²⁰⁰. Sólo la cooperación industrial a nivel comunitario permitiría reunir, tanto el capital necesario, como los conocimientos técnicos precisos para asegurar la competitividad a nivel mundial²⁰¹.

En el segundo apartado se hacía un estudio de los principales obstáculos a la cooperación transfronteriza, señalando como tales: la imposibilidad de realizar fusiones transfronterizas y otras operaciones similares²⁰², los problemas fiscales, las divergencias en el Derecho de sociedades²⁰³, las dificultades para la gestión de los grupos de empresas y las dificultades administrativas ligadas a la constitución de sociedades.

El apartado tercero del memorándum hacía referencia a las acciones emprendidas en la Comunidad para facilitar la cooperación transfronteriza; entre dichas acciones se hacía mención a la Décima Directiva, a otras directivas en materia fiscal y al Reglamento relativo a la AEIE; no obstante, concluía considerando que tales medios no eran suficientes y que por lo tanto resultaba indispensable crear otros instrumentos comunitarios, principalmente en lo tocante a la temática del Derecho de sociedades.

En el apartado cuarto se trataban los problemas relativos a la armonización del Derecho de sociedades y al estatuto de la SE, señalando que la Comisión a tales efectos recurría a dos métodos: la vía clásica de la coordinación de los Derechos de sociedades, en aras a conseguir la equivalencia entre las diversas legislaciones nacionales y la creación de

¹⁹⁹ Véase Bol. CE, suplemento 3/88, págs. 8 y 9, y *Rivista delle società*, 1988, págs. 1414-1416. Entre otras manifestaciones recogidas en la introducción se señalaba que “poner a disposición de las empresas un estatuto de sociedad europea constituye una necesidad cada vez más imperiosa ante la perspectiva del mercado único de 1992...” “...parece que ha llegado el momento de revitalizar este instrumento de cooperación industrial que es la sociedad europea que necesariamente englobará un avance importante en el plano social”.

²⁰⁰ Se hacía referencia a los principales competidores en esos momentos, concretamente a Estados Unidos y Japón.

²⁰¹ Véase Bol. CE, suplemento 3/88, págs. 9 y 10, y *Rivista delle società*, 1988, págs. 1416-1417, donde literalmente se indicaba que “la cooperación que ya se había considerado de enorme importancia para las industrias manufactureras tradicionales, se ha convertido en algo absolutamente vital en nuestros días, especialmente para los sectores de alta tecnología y las empresas altamente especializadas en el campo de los servicios financieros. Únicamente una cooperación industrial a nivel comunitario permitirá reunir los cuantiosos capitales y los conocimientos técnicos que necesariamente han de invertirse para asegurar la competitividad en los mercados mundiales”.

²⁰² Se hacía una referencia a los medios utilizados para la cooperación transnacional, aunque como ya he indicado anteriormente, ante la ausencia de medios jurídicos adecuados al efecto, se empleaban unos medios que principalmente consistían en la utilización de determinadas estrategias de tipo financiero y bursátil. Véase Bol. CE, suplemento 3/88, pág. 10.

²⁰³ Puesto que, a pesar de la armonización, seguirán subsistiendo diferencias en la legislación y en la práctica administrativa de cada país. La coordinación de las legislaciones nacionales no tiene por objetivo el eliminar la subsistencia de órdenes jurídicos diferentes en los diversos países de la Comunidad (véase la pág. 11 del suplemento 3/88 del Bol. de la CE).

un nuevo tipo societario de carácter transnacional e independiente de los Derechos nacionales, la SE²⁰⁴.

Finalmente, el apartado quinto del memorándum hacía referencia al carácter general del estatuto de la SE²⁰⁵ y el sexto planteaba una serie de problemas específicamente ligados al estatuto de la SE²⁰⁶. Este apartado sexto incidía directamente sobre diversos puntos cruciales para la aprobación del estatuto de la SE y marcaba el camino para retomar el proyecto de estatuto de la SE.

Concluía este memorándum diciendo que el estatuto de SE renovado debía de ser un instrumento facultativo, transnacional, fiscalmente atractivo y que representara un avance social (participación de los trabajadores) que simbolizara y recurriera a la simbiosis entre las diferentes tradiciones del Derecho de sociedades de la Europa occidental.

Se unían dos anexos, el I relativo a la armonización del Derecho de sociedades y al estatuto de la SE, en el que se hacía referencia al programa de la Comisión sobre el Derecho de sociedades, a cuyos efectos se recurría a la coordinación de las diversas legislaciones de los Estados miembros en materia societaria, mediante directivas²⁰⁷, si bien, y como

²⁰⁴ Una sociedad de estas características permitiría la suficiente concentración de capitales y desarrollo tecnológico que propiciaría la entrada en competencia con las empresas norteamericanas y japonesas, y de ahí que los primeros proyectos de estatuto de la SE contuvieran una propuesta que reunía dichas condiciones, es decir, se propugnaba la creación de un nuevo tipo societario de carácter transnacional e independiente de los Derechos nacionales.

²⁰⁵ El estatuto de SE debía ofertar a las empresas un nuevo tipo opcional pero, al mismo tiempo, debía de proteger los tipos sociales de carácter nacional, para evitar que la SE se utilizara para eludir regímenes nacionales más estrictos. Además, debía de constituir un instrumento jurídico que posibilitara las operaciones de concentración y fusión de sociedades de carácter transnacional, con una fiscalidad que tuviera en cuenta las actividades transfronterizas llevadas a cabo por la SE y, en consecuencia, a efectos de calcular la base imponible de los impuestos se debían de tener en cuenta las pérdidas en el extranjero. Finalmente, se abogaba por un estatuto de fácil manejo, para lo cual la Comisión proponía, apoyándose en la existencia de un tejido de Derechos nacionales suficientemente armonizado, modificar y simplificar el proyecto de estatuto de la SE, sobre todo en las cuestiones ya armonizadas o en las que podían ser objeto de reenvío al Derecho nacional (grupos de empresas, disolución, liquidación, quiebra, etc.).

²⁰⁶ Como problemas a tener en cuenta se enumeraban: a) la coexistencia de los sistemas nacionales de Derecho de sociedades. Partiendo de la base de que el estatuto de SE debía de establecer un régimen único de Derecho de sociedades totalmente independiente de los regímenes nacionales, se planteaba la coexistencia de este nuevo tipo societario con los sistemas nacionales, si bien, se consideraba que al ser un tipo de carácter facultativo no presentaría problema alguno, siempre y cuando se fijasen con claridad los límites de aplicación de la normativa del estatuto y de las disposiciones del Derecho nacional. La posibilidad de coexistencia quedaba demostrada por el Reglamento relativo a las AEIE; b) la participación de los trabajadores. Según la Comisión el estatuto de SE estaría incompleto si no se incluía en él disposición alguna relativa a la participación de los trabajadores en la estructura y procesos decisorios de la SE, manifestando, además, el apoyo constante del Parlamento Europeo en esta materia, por lo que habría que estudiar la forma en que se iba a regular dicha participación; c) información y consultas a los trabajadores. A este respecto se consideraba que los trabajadores de la SE deberían de gozar de los mismos derechos de información y consulta de los que gozaban los demás trabajadores de la Comunidad, aunque en cuanto a la inclusión en el propio estatuto de reglas referidas a los Comités de empresa (que recogían los estatutos de 1970 y 1975) se consideraba que era materia que debía ser resuelta mediante el diálogo social, para lo cual podría preverse, para el futuro estatuto de SE, la posibilidad de habilitar un foro europeo para su discusión; d) grupos de empresas. En esta materia se cuestionaba la idoneidad del estatuto de SE como marco para la regulación del derecho de los grupos de sociedades; e) régimen fiscal. En principio, en cuanto al régimen fiscal, la SE debía quedar sometida a la legislación fiscal del Estado miembro en que tuviera su sede, sin embargo, se permitiría que las pérdidas sufridas por establecimientos estables de la SE situados en otro Estado miembro, o bien por filiales extranjeras, pudieran ser imputadas a los beneficios obtenidos en el Estado miembro donde tuviera su sede, al margen de esta disposición, no se consideraba idóneo establecer en provecho de las SE, otras disposiciones fiscales que establecieran excepciones al Derecho común.

²⁰⁷ Basándose en el artículo 54 del TCEE. En efecto el artículo 54.1 decía que “a efectos de alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, el Consejo decidirá, mediante directivas, con arreglo al procedimiento...”; añadía además, en su apartado 3 que “el Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les tribuyen las disposiciones precedentes, en particular:... g) coordinando en la medida

complemento, la Comisión proponía la creación de un marco jurídico único a nivel comunitario, independiente de las legislaciones nacionales y, en este sentido, dicho órgano comunitario propuso dos reglamentos²⁰⁸: el Reglamento de la AEIE²⁰⁹ y el relativo al estatuto de la SE²¹⁰.

También se recogía, en este anexo I, un apartado relativo a las ventajas e inconvenientes de la armonización del Derecho de sociedades²¹¹.

El anexo II estaba referido al estatuto de la SE y recogía sus antecedentes históricos²¹².

Un examen detallado de este memorándum pone de manifiesto la tendencia, continuada a posteriori, hacia un proceso de simplificación en la regulación de la SE, puesto que, apoyándose en la existencia de un tejido de Derechos nacionales suficientemente armonizado, la Comisión propuso una simplificación sustancial en cuanto a la regulación de materias que habían sido armonizadas, estuvieran en vías de armonización o que pudieran ser objeto de reenvío al Derecho nacional²¹³. Igualmente, en materia de participación de los trabajadores, y en aras a un consenso para su aplicación práctica, se propusieron diversas formulas²¹⁴.

Las conclusiones del Consejo de Mercado Interior de 18 de noviembre de 1988, permitieron constatar que la mayor parte de los Estados miembros se pronunciaban en favor

necesaria con el objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo...”.

²⁰⁸ En base al artículo 235 del TCEE, que establecía que “cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del Mercado Común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”.

²⁰⁹ Reglamento (CEE) número 2137/85, aprobado por el Consejo en julio de 1985 y de aplicación a partir del 1 de julio de 1989, según dispone su artículo 43, párrafo segundo donde se recoge que “el presente Reglamento será aplicable a partir del 1 de julio de 1989, con excepción de los artículos 39, 41 y 42, que se aplicarán desde la entrada en vigor del presente Reglamento”.

²¹⁰ La primera propuesta de estatuto de SE tuvo lugar en 1970, presentándose una nueva propuesta modificada en 1975, habiéndose suspendido las negociaciones en el Consejo en 1982.

²¹¹ Véase Bol. CE, suplemento 3/88, pág. 20, y *Rivista delle società*, 1988, pág. 1427. En efecto, teniendo en cuenta que se trataba de fomentar la cooperación transfronteriza era necesario examinar en qué medida el proceso de coordinación de los diversos Derechos de sociedades de los Estados miembros permitía eliminar los obstáculos con los que se encontraban los operadores económicos y en qué medida el proceso de creación de nuevos tipos societarios era necesario y posible. En opinión de la Comisión la armonización seguía siendo un objetivo válido y por tanto, era conveniente seguir avanzando en esa dirección; sin embargo, cuestionaban la capacidad del proceso armonizador, tanto para conseguir una pronta solución a los problemas de la cooperación transfronteriza, como para permitir rápidos progresos en el diálogo social.

²¹² Véase Bol. CE, suplemento 3/88, págs. 21-22, y *Rivista delle società*, 1988, págs. 1427-1429. Lo cierto es que este anexo venía a relatar tanto la idea surgida en el año 1959, en torno a la constitución de una SE, como las propuestas de la Comisión relativas a los Proyectos de estatuto de SE de 1970 y 1975.

²¹³ Véase Bol. CE, suplemento 3/88, pág. 13, y *Rivista delle società*, 1988, pág. 1421. Lo cierto es que se recogía textualmente: “Por último el estatuto habrá de ser de un manejo suficientemente simple. A este respecto hay que hacer notar que la propuesta del estatuto actualmente en estudio por el Consejo podría ser modificada y simplificada de forma sustancial, especialmente en lo que respecta a las disposiciones que en la actualidad son objeto de armonización o en las que ésta ya se ha realizado (estados contables, fusiones, etc.), o que podría ser objeto de reenvío al Derecho nacional (grupos de empresas, disolución, liquidación, quiebra, etc.)”.

²¹⁴ Véase Bol. CE, suplemento 3/88, págs. 14-16, y *Rivista delle società*, 1988, págs. 1421- 1423. En todo caso, quedaba patente la opinión de la Comisión relativa a la participación de los trabajadores en la SE al estimar que el estatuto de la SE “sería incompleto si no incluyera disposición alguna sobre la cuestión” y que las disposiciones a adoptar, en este sentido, “son esenciales, no sólo como un aspecto más de los derechos sociales, sino también como un instrumento que favorece el buen funcionamiento y el éxito de la empresa gracias al establecimiento de unas relaciones sociales estables entre dirección y empleados en el lugar de trabajo”, por lo que la Comisión consideraba “la participación de los trabajadores como una parte integrante del estatuto de la SE”.

de las orientaciones propuestas por la Comisión, tanto sobre el carácter optativo de la SE, como sobre su independencia de los Derechos nacionales y, sobre el principio de legislar el lugar de los trabajadores en la futura SE²¹⁵. También, el 24 de noviembre de 1988, el Comité Económico y Social aprobó, por noventa y seis votos a favor, veinticinco en contra y veintiuna abstenciones, un dictamen igualmente favorable a las ideas contenidas en el memorándum de la Comisión, incluidas las que se referían al lugar de los trabajadores y además, añadió algunos comentarios sobre el derecho de los grupos y sobre el régimen fiscal²¹⁶.

Finalmente, el 16 de marzo de 1989²¹⁷, el Parlamento Europeo aprobó la iniciativa de la Comisión insistiendo, especialmente, en el hecho de que la SE sería un instrumento útil para la reestructuración de las empresas europeas y, sobre todo, para la mejora de su competitividad en el mercado mundial. Sobre la base de estos debates preliminares, el 12 de julio de 1989 y a propuesta del Vicepresidente Sr. Bangemann, la Comisión aprobó un estatuto para la futura SE con el fin de liberar a las sociedades de los Estados miembros de los inconvenientes legales y prácticos derivados de la existencia de la diversidad de ordenamientos jurídicos, mediante la creación de un instrumento jurídico único²¹⁸.

El 25 de agosto de 1989, la Comisión presentó dos propuestas, una propuesta de Reglamento del Consejo por la que se establecía el estatuto de la SE y una propuesta de Directiva del Consejo por la que se complementaba el estatuto de la SE en lo tocante a la posición de los trabajadores²¹⁹.

4. PROYECTO DE ESTATUTO DE 1989

El Proyecto de 1989²²⁰ redujo el articulado drásticamente, pasando a 137 artículos, por lo que, al ser su contenido menos completo que el de los proyectos precedentes²²¹, llevaba a que gran parte de las cuestiones se vieran sometidas a las Leyes nacionales de los diversos Estados miembros, quebrándose, de esta forma, el objetivo perseguido en los primeros proyectos, consistente en dotar al estatuto de la SE de una normativa autónoma y completa de aplicación en todos los Estados miembros, produciéndose, de esta manera, una desnaturalización del reglamento como instrumento normativo. Asimismo, y a diferencia de los anteriores proyectos, mediante una directiva (de aplicación conjunta con el reglamento) se procedía a regular de forma separada la disciplina relativa a la participación de los trabajadores en la gestión de la sociedad.

²¹⁵ GONZÁLEZ PINO, L., *La Sociedad Anónima Europea. Propuesta de Reglamento del Estatuto de la Sociedad Europea*, Ediciones Analíticas Europeas, Madrid 1991, pág. 103. Véase Bol. CE 11, 1988, punto 2.1.114.

²¹⁶ Véase GONZÁLEZ PINO, L., *La Sociedad Anónima Europea. Propuesta de Reglamento del Estatuto de la Sociedad Europea*, ya cit., pág. 103; Bol CE 11, 1988, punto 2.1.115 y DOCE, número C 23 de 30 de enero de 1989, págs. 36-42 (que puede consultarse en la pág. web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1989:023:0036:0042:FR:PDF>).

²¹⁷ En el año 1989 se renovó el mandato de Jacques Delors como presidente de la Comisión Europea, tuvo lugar la tercera elección por sufragio universal directo del Parlamento Europeo y la caída del muro de Berlín.

²¹⁸ GONZÁLEZ PINO, L., *La Sociedad Anónima Europea. Propuesta de Reglamento del Estatuto de la Sociedad Europea*, ya cit., págs. 103-104.

²¹⁹ Este desdoblamiento de la materia (a pesar de que ambas propuestas tenían un carácter unitario de aplicación conjunta) reservando a la Directiva el delicado tema de la posición de los trabajadores (que se suavizaba en la medida de lo posible haciendo referencia a la posición en lugar de a la participación), trataba de evitar la incidencia de esta temática en la aprobación del estatuto de la SE.

²²⁰ DOCE número C 263 de 16 de octubre de 1989, COM (89) 268, Bol. CE número 7/8, 1989, puntos 1.2.1 a 1.2.6. y suplemento 5/89 del Bol. CE número 7/8, 1989.

²²¹ Abandonando, por tanto, la disciplina unitaria y totalizadora contenida en las anteriores propuestas de estatuto de SE de 1970 y 1975.

Así como los anteriores Proyectos de 1970 y 1975, se habían fundamentado en el artículo 235 TCEE (artículo 308 TCE –actual artículo 352.1 del Tratado de funcionamiento de la UE–), las dos propuestas que en 1989 presentó la Comisión se fundamentaban en los artículos 100 A TCEE para el Reglamento²²² y 54 TCEE para la Directiva (artículos 95 TCE y 44 TCE respectivamente –actuales artículos 114 y 50 del Tratado de funcionamiento de la UE–), todo ello en aras a facilitar la adopción por mayoría cualificada, que permitiera vencer la resistencia a la aprobación por parte de algunos Estados miembros²²³.

En este proyecto se invocaba el gran mercado previsto para finales de 1992 como móvil inmediato de una figura que pretendía liberar a las sociedades de las trabas jurídicas y prácticas que se desprendían de la diversidad de ordenamientos jurídicos, ofreciéndoles una estructura de carácter opcional, basada en un Derecho comunitario, independiente de los ordenamientos jurídicos nacionales, en la medida en que éstos no estuvieran todavía armonizados²²⁴. El propio proyecto consideraba a la SE como un instrumento opcional para poder llevar a cabo fusiones y *holdings* de sociedades anónimas de diferentes Estados miembros o para la constitución de filiales comunes de entidades jurídicas pertenecientes a distintos Estados miembros²²⁵; transnacional, puesto que permitía solucionar los problemas derivados de la diversidad de legislaciones²²⁶; fiscalmente atractivo, ya que, aunque se aplicaba la legislación del Estado del domicilio, se permitía, a efectos de calcular la base imponible, imputar las pérdidas de los establecimientos situados en otros países²²⁷.

²²² Este procedimiento estaba desarrollado en el artículo 189 B del Tratado de la UE donde se plasmaba el principio de codecisión entre el Consejo y el Parlamento Europeo sobre la propuesta que presentara la Comisión. El precepto introducía una instancia nueva (el Comité de Conciliación) con el fin de acercar posiciones entre el Consejo y el Parlamento en los casos en que las enmiendas aprobadas por éste no fueran incorporadas a la posición común del Consejo. En la versión consolidada del Tratado de la UE incorporada en el Tratado de Ámsterdam, este precepto se corresponde con el nuevo artículo 251. Véase QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La Sociedad Anónima Europea”, *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen IV, MacGraw-Hill, Madrid 2002, pág. 4293.

²²³ La diferente fundamentación de la Directiva basada en el artículo 54.3.g), obedece a que el mecanismo del artículo 100 A no podía aplicarse a materias que afectasen a los derechos de los trabajadores. La dualidad de textos fue también criticada, teniendo en cuenta la tardanza con la que muchos Estados miembros procedían en cuanto a la transposición de las directivas, lo que podía producir, a su vez, un retraso en la aprobación del Reglamento de la S.E.

²²⁴ El nuevo texto traía legitimidad del compromiso formalmente adquirido en el artículo 8 A del Tratado, acomodado ya al Acta Única de 1986, según el cual “la Comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el Mercado Interior en el transcurso de un periodo que terminará el 31 de diciembre de 1992”. Véase QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La Sociedad Anónima Europea”, ya cit., pág. 4292; y los Considerandos, primero, cuarto, quinto, sexto y octavo de este proyecto de estatuto de SE.

²²⁵ Véase el Considerando décimo de este proyecto de estatuto de SE, donde se recogía “que el objetivo esencial que persigue el régimen jurídico de una SE exige en todo caso, sin perjuicio de las necesidades de índole económica que puedan presentarse en el futuro, que pueda constituirse una SE tanto para permitir a sociedades de Estados miembros diferentes que se fusionen o que creen una sociedad *holding*, como para ofrecer a sociedades y otras personas jurídicas que ejerzan una actividad económica y que estén sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes la posibilidad de crear filiales comunes”.

²²⁶ Véase el Considerando tercero de este proyecto de estatuto de SE, donde se señalaba que “la ejecución de operaciones de reestructuración y de cooperación en las que intervienen empresas de distintos Estados miembros tropieza con dificultades de orden jurídico, fiscal y psicológico; que las medidas de aproximación del Derecho de sociedades de los Estados miembros, canalizadas a través de directivas basadas en el artículo 54 del Tratado, pueden solucionar algunas de esas dificultades; que, sin embargo, dichas medidas no dispensan a las empresas sometidas a ordenamientos jurídicos diferentes de la obligación de escoger una forma de sociedad regulada por un ordenamiento jurídico nacional determinado”.

²²⁷ Véase el Considerando decimoséptimo de este proyecto de estatuto de SE, donde se indicaba que “desde un punto de vista fiscal, debe aplicarse a la SE la legislación del Estado en que tenga su residencia; que, además, resulta conveniente imputar las pérdidas sufridas por los establecimientos estables de la SE en el extranjero; que para evitar una discriminación con otras empresas que desarrollen actividades de carácter transnacional se propondrá la adopción, por vía de directivas, de disposiciones similares para el conjunto de las restantes formas jurídicas que puedan adoptar las empresas”.

Para la elaboración de este proyecto de estatuto se tuvieron en cuenta los problemas y dificultades con que tropezaron los anteriores proyectos, así como los debates suscitados en torno a los mismos y, en consecuencia, se mantuvo la regulación de las materias no controvertidas, como las formas de acceso a la SE²²⁸; en cuanto a las materias que ya habían sido objeto de armonización a través de directivas y que, por tanto, ya tenían un tratamiento homogéneo en las legislaciones nacionales, se limitaron a trasladar al estatuto de SE la regulación de las mismas, prácticamente en los mismos términos²²⁹. Los temas polémicos que no habían sido objeto de armonización, en unos casos trataron de obviarse, este fue el tratamiento dispensado a la regulación de los grupos de sociedades²³⁰ y, en otros, se empleó la técnica de remitirlos al Derecho nacional del Estado donde la SE tuviera el domicilio.

En materia de estructura orgánica este proyecto, a diferencia de sus predecesores, estableció la posibilidad de elegir entre el sistema monista (un órgano de administración) o el sistema dual (un órgano de dirección y un órgano de vigilancia). La opción ejercitada debía hacerse constar en los estatutos de la SE²³¹.

En el sistema dual la dirección y representación de la sociedad se encomendaba a un órgano de dirección, que actuaba bajo el control de un órgano de vigilancia. El nombramiento de los miembros del órgano de dirección correspondía al órgano de vigilancia, que podía revocarlos en cualquier momento. El número de miembros del órgano de dirección se fijaba estatutariamente. Nadie podía ser miembro de ambos órganos simultáneamente. El reglamento interior del órgano de dirección (oído éste) se establecía por el órgano de vigilancia²³².

El órgano de vigilancia ejercía funciones de control sobre la gestión llevada a cabo por el órgano de dirección, pero no podía intervenir en la gestión de la sociedad, ni representarla frente a terceros, aunque sí podía ostentar la representación de la sociedad en sus relaciones con los miembros del órgano de dirección. Sus miembros eran designados por la Junta general y por los trabajadores, cuando la SE contase con un sistema de participación que así lo estableciera²³³. Este órgano elegía un Presidente y uno o más Vicepresidentes y

²²⁸ La SE podía constituirse por entidades pertenecientes, al menos, a dos Estados miembros, mediante: fusión, *holding*, o filial común (artículo 2). En efecto, tal y como indica VALLÉE, T., *La Société Anonyme Européenne*, Delmas, París, 1991, pág. 15, “las disposiciones del proyecto relativas a las formas de constitución tienen su origen en la proposición de Reglamento de la SE de 1975, aunque han sido aclaradas y precisadas por este proyecto”.

²²⁹ Se trataba de cuestiones como la publicidad registral, el capital, las acciones o las obligaciones, la formulación y control de las cuentas anuales, etc.

²³⁰ Se debe recordar que los anteriores Proyectos de 1970 y 1975 contenían una regulación amplia y novedosa en este campo. Aunque, este tema era un tema polémico, por lo que los avances experimentados en su coordinación eran escasos y además, en aquel momento sólo dos Estados miembros (Alemania y Portugal) contaban con una legislación global sobre esta materia.

²³¹ Efectivamente, según lo dispuesto en el artículo 61 “los estatutos de la SE establecerán como órganos de la misma, además de la Junta general de accionistas, bien un órgano de dirección y otro de vigilancia (sistema dual), bien un órgano de administración (sistema monista)”. Según manifiesta VALLÉE, T., *La Société Anonyme Européenne*, ya cit., pág. 39, “el estatuto de la SE se inspira en la regulación dispensada a las sociedades anónimas en las legislaciones nacionales... Por tanto, se prevé un reparto de poderes entre la Junta general de accionistas, cuya consulta es necesaria para determinadas decisiones importantes de la SE y los órganos encargados de la gestión y representación de la SE. Estos se organizan según los dos grandes sistemas que coexisten en el Derecho de sociedades: la sociedad es dirigida por un órgano de dirección bajo la supervisión de un órgano de control (sistema dual) o bien es dirigida por un único órgano de administración (sistema monista), pudiendo las sociedades fundadoras de una SE escoger, libremente, entre los dos sistemas”.

²³² Lo cierto es que el artículo 62 del Proyecto de estatuto de SE de 1989 recogía la característica principal del sistema dual con una clara distinción y separación entre los dos órganos, característica que venía refrendada por la prohibición de acumulación de funciones (no se podía simultanear la función de miembro del órgano de dirección y del de vigilancia).

²³³ Según lo dispuesto en el artículo 63 del Proyecto de estatuto de SE de 1989. Este artículo venía a confirmar la separación de funciones entre ambos órganos, aunque a través de la autorización que debía

establecía su propio reglamento interior. El Presidente efectuaba las convocatorias del mismo, bien de oficio o a petición de uno de sus miembros o, del órgano de dirección²³⁴.

El órgano de dirección debía informar, cada tres meses (como mínimo), al órgano de vigilancia sobre la gestión y la marcha de los asuntos de la sociedad, así como de la previsible evolución de los mismos, igualmente, debía informar al Presidente de dicho órgano de cualquier acontecimiento que pudiera tener repercusiones importantes en la sociedad. El órgano de vigilancia podía pedir informaciones y realizar las comprobaciones que estimara necesarias para ejercer las funciones de control. Cada uno de los miembros del órgano de vigilancia, a través de su Presidente, podía pedir para el conjunto del órgano las informaciones que considerase necesarias²³⁵.

En el sistema monista la administración y representación de la sociedad correspondía al órgano de administración, que estaba integrado por un mínimo de tres miembros que eran designados por la Junta general y por los trabajadores, en el supuesto de que la SE contara con un sistema de participación que así lo determinase. Este órgano establecía su propio reglamento interior y designaba de entre sus miembros un Presidente y uno o más Vicepresidentes; también designaba entre ellos a los miembros directivos en los que delegaba la gestión y representación de la sociedad. Los restantes miembros (cuyo número era superior al de los miembros directivos) realizaban fundamentalmente funciones de control y vigilancia²³⁶.

El órgano de administración debía reunirse, como mínimo, cada tres meses a fin de examinar la gestión y la marcha de los asuntos en la sociedad. Cada uno de sus miembros debía de informar sin demora al Presidente de cualquier asunto que por su importancia pudiera tener notorias repercusiones en la marcha de la SE. Cualquier miembro podía pedir al Presidente que convocase al órgano de administración para debatir un determinado asunto; si su petición no era atendida en el plazo de 15 días, la convocatoria podía ser efectuada por un tercio de los miembros del órgano de administración²³⁷.

Además, en esta materia de estructura orgánica, este proyecto contenía unas disposiciones comunes a ambos sistemas de administración que seguidamente recojo de forma somera. Así, los estatutos debían fijar el periodo por el que eran nombrados los miembros, tanto del órgano de administración, como del órgano de vigilancia, no pudiendo dicho periodo ser superior a seis años. En el supuesto de los primeros miembros designados

prestar el órgano de vigilancia a determinada categoría de operaciones, puede decirse que, en cierta forma, intervenía en la gestión de manera indirecta.

²³⁴ Así se establecía en el artículo 65 del Proyecto de estatuto de SE de 1989; ahora bien, con el fin de asegurar el adecuado funcionamiento del órgano se determinaba que podía ser convocado no sólo de oficio, sino también a petición del órgano de dirección o de cualquier miembro del órgano de vigilancia.

²³⁵ En efecto, el artículo 64 del Proyecto de estatuto de SE de 1989 recogía el deber del órgano de dirección de informar con carácter periódico al órgano de vigilancia acerca de la marcha de los asuntos de la sociedad. Por su parte, el órgano de vigilancia podía solicitar en todo momento cuanta información considerase pertinente para el ejercicio de sus funciones y realizar las comprobaciones que estimase oportunas. El derecho a solicitar información se extendía a cada uno de los miembros del órgano de vigilancia, no obstante, debían de ejercerlo a través de su Presidente, en evitación de duplicaciones.

²³⁶ A tenor de lo previsto en el artículo 66 del Proyecto de estatuto de SE de 1989. Este artículo se ocupaba de fijar las características esenciales del sistema monista que constaba de un único órgano de administración que debía estar compuesto, al menos, por tres miembros; las facultades de dirección se delegaban en uno o varios de sus miembros, por lo que la función de los miembros restantes era la de controlar y vigilar a los directivos, estableciéndose, a tal fin, que los administradores no directivos superasen en número a los miembros directivos (punto 2 del artículo 66).

²³⁷ En efecto, el artículo 67 del Proyecto de estatuto de SE de 1989 recogía la periodicidad mínima con que debía de reunirse el órgano de administración en pleno, a fin de que los miembros directivos de la sociedad informasen al pleno del órgano sobre la marcha de los asuntos de la sociedad, posibilitando de esta forma, la labor de vigilancia y control que les venía encomendada a los miembros no directivos.

en la escritura de constitución, dicho periodo no podía ser superior a tres años. No obstante, el mandato podía ser renovado²³⁸.

Si los estatutos lo permitían podía ser miembro una persona jurídica, si bien, debía designar persona física que la representase. Se recogían varios supuestos que impedían el nombramiento de determinadas personas para el desempeño del cargo (estas incompatibilidades alcanzaban también a las personas físicas designadas en representación de una persona jurídica)²³⁹. Los estatutos podían fijar condiciones particulares para el nombramiento de los miembros de los órganos e igualmente, podían prever derechos de determinadas minorías de accionistas. Estatutariamente se podía establecer el nombramiento de suplentes para el caso de que se produjeran vacantes²⁴⁰.

Por lo que respecta a los poderes de representación de la sociedad en sus relaciones con terceros, debo indicar que la redacción que se dio al correspondiente artículo que los regulaba, se ajustaba, en gran medida, a las normas de la primera Directiva 68/151/CEE, tanto en lo tocante a la representación colectiva e individual, como al nombramiento de personas con poderes generales de representación²⁴¹.

Las funciones del órgano de vigilancia o de los administradores no directivos, en su caso, eran funciones de control, sin perjuicio de que se requiriera la autorización de éstos en temas de gran importancia como: el cierre o traslado total o de parte importante de los establecimientos, reducciones o ampliaciones importantes de la actividad, la iniciación o cese de una cooperación duradera con otras empresas, o la creación de una filial o una sociedad *holding*. Por disposición estatutaria podían someterse a autorización otros actos. La ausencia de autorización no era oponible a terceros, salvo que la SE probara que éstos tenían conocimiento de la falta de autorización²⁴².

Las operaciones en las que algún miembro tuviera intereses opuestos a los de la sociedad se sometían a autorización previa por parte del órgano de vigilancia o de administración. Los miembros a los que afectase esta disposición tenían derecho a ser oídos, pero no podían participar en la adopción del correspondiente acuerdo. Las autorizaciones concedidas durante el ejercicio se comunicaban, a más tardar, a la primera Junta general siguiente al cierre del ejercicio. La ausencia de autorización no era oponible a terceros,

²³⁸ Tal y como establecía el artículo 68 del Proyecto de estatuto de SE de 1989, estatutariamente debía de fijarse el período por el que se efectuaban los nombramientos de los miembros de los órganos, que no podía exceder de seis años, no obstante se recogía la posibilidad de reelección. Sin embargo, la duración del nombramiento de los primeros miembros designados en el acto constitutivo de la SE no podía exceder de tres años.

²³⁹ Según lo dispuesto en el artículo 69 del Proyecto de estatuto de SE de 1989. Los anteriores proyectos no permitían que las personas jurídicas fueran miembros de los órganos de administración de la sociedad. Ahora bien, teniendo en cuenta que la naturaleza de las funciones encomendadas a los miembros de los órganos requería su desempeño por personas físicas, la admisión de las personas jurídicas, como miembros de los órganos, quedaba supeditada a la condición de que la persona jurídica designara una persona física que la representase y ejerciera las funciones en el órgano de que se tratara.

²⁴⁰ Efectivamente, el artículo 70 del Proyecto de estatuto de SE de 1989 recogía la posibilidad de elegir una lista de miembros suplentes, de esta forma se evitaba tener que acudir al procedimiento normal de elección en los casos en que se produjeran vacantes de miembros titulares de los órganos.

²⁴¹ Así se establecía en el artículo 71 del Proyecto de estatuto de SE de 1989. Tal y como ha quedado indicado en párrafos precedentes, se utilizó este sistema en cuanto a la regulación de materias que ya estaban armonizadas mediante directivas y que, por tanto, ya tenían un tratamiento homogéneo en las legislaciones nacionales.

²⁴² Lo cierto es que a tenor de lo previsto en el artículo 72 del Proyecto de estatuto de SE de 1989 y a pesar de que las funciones del órgano de vigilancia y de los administradores no directivos se limitaban al control y vigilancia de la gestión de la sociedad, se requería la autorización de éstos para que el órgano de dirección pudiera realizar determinadas operaciones.

salvo que la SE probara que éstos tenían conocimiento de la necesidad de autorización y de su falta²⁴³.

Todos los miembros tenían los mismos derechos y obligaciones, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a determinados miembros. Debían ejercer sus funciones en interés de la SE y tenían un deber de confidencialidad, incluso después de haber cesado en sus funciones²⁴⁴.

Los miembros de los órganos de vigilancia o de administración podían ser revocados por los mismos órganos, personas o grupos de personas que los nombraron y por los Tribunales, siempre que hubiera justa causa y previa demanda presentada por la Junta general, el órgano de vigilancia o de administración, por uno o varios accionistas que en conjunto representaran el diez por ciento del capital social²⁴⁵.

Salvo que los estatutos sociales dispusieran un quórum más elevado, los órganos sociales podían adoptar decisiones válidas siempre y cuando, al menos, la mitad de sus miembros participaran en dichas decisiones. Asimismo, y salvo que los estatutos dispusieran mayorías más altas, las decisiones se adoptaban por mayoría de miembros presentes o representados²⁴⁶.

Los miembros de los órganos sociales tenían una responsabilidad ilimitada y con carácter solidario por los perjuicios que causaran a la sociedad por faltas cometidas en el desempeño de sus funciones (nexo de causalidad entre falta y perjuicio). Podía quedar exonerado de responsabilidad el miembro que probara que la falta no le era personalmente imputable²⁴⁷.

La acción social de responsabilidad podía entablarse por el órgano de administración o de vigilancia y debía de entablarse si así lo decidía la Junta general, que podía designar a estos efectos, un mandatario especial. También podía ser ejercitada por accionistas que reunieran el diez por ciento del capital social o acreedores que probaran que la sociedad no podía satisfacer su crédito²⁴⁸.

Se recogía la posibilidad de que la SE renunciara al ejercicio de la acción social de responsabilidad. No obstante, la renuncia debía reunir determinadas condiciones, a fin de no

²⁴³ Así se establecía en el artículo 73 del Proyecto de estatuto de SE de 1989. Con esta medida se trataba de evitar que los miembros de los órganos aprovechándose de su cargo obtuvieran beneficios personales.

²⁴⁴ En efecto, el artículo 74 del Proyecto de estatuto de SE de 1989, establecía la igualdad de todos los miembros en cuanto a los derechos y obligaciones dejando a salvo las atribuciones que se confiaban especialmente a determinados miembros. Se recogían además los deberes de fidelidad-lealtad y de secreto.

²⁴⁵ A tenor de lo dispuesto en el artículo 75 del Proyecto de estatuto de SE de 1989, por regla general la revocación de los miembros de los órganos competía a los mismos órganos, personas o grupos de personas que efectuaron su nombramiento, pero también se establecía un procedimiento de revocación de los miembros por los Tribunales, previa demanda presentada por órganos o personas que no habían sido competentes para nombrarlos.

²⁴⁶ Efectivamente, el artículo 76 del Proyecto de estatuto de SE de 1989 contenía las normas básicas sobre quórum y mayoría requeridos para que las decisiones adoptadas por los órganos fueran válidas. También se recogía en este artículo la oportunidad de que mediante los estatutos sociales se fijase la posibilidad de que los votos pudieran emitirse por escrito, télex, telegrama, teléfono, etc.

²⁴⁷ Lo cierto es que el artículo 77 del proyecto de estatuto de SE de 1989 venía a recoger los presupuestos básicos de la responsabilidad: acto perjudicial, daño causado a la sociedad y nexo entre la conducta perjudicial y el daño causado; también, se establecía la solidaridad entre los miembros de los órganos.

²⁴⁸ Tal y como establecía el artículo 78 del proyecto de estatuto de SE de 1989. Este artículo detallaba las normas de procedimiento de la acción social de responsabilidad dirigida contra los miembros de los órganos; estaban legitimados para entablar dicha acción los miembros del órgano de administración, los de órgano de vigilancia, los accionistas minoritarios y los acreedores.

desvirtuar las garantías reconocidas para el ejercicio de dicha acción²⁴⁹. En cuanto a la prescripción de la acción social de responsabilidad, se fijaba un plazo de cinco años, contados desde la producción del hecho considerado perjudicial²⁵⁰.

A. DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL

El 21 de septiembre de 1989, el Consejo decidió consultar al Comité Económico y Social²⁵¹ sobre la propuesta de Reglamento por la que se establecía el estatuto de la SE y sobre la propuesta de Directiva por la que se complementaba el estatuto de la SE, en lo tocante a la posición de los trabajadores. El Comité presentó el dictamen solicitado²⁵² durante su ducentésima septuagésima quinta sesión plenaria, celebrada el día 28 de marzo de 1990, y fue aprobado por ciento cinco votos a favor, veinticinco en contra y veinticuatro abstenciones.

En este dictamen, el Comité consideraba que el proyecto de SE constituía un instrumento adecuado para mejorar la cooperación de las empresas a través de las fronteras y fomentar la integración económica de la Comunidad, valorando muy positivamente que la nueva propuesta de Reglamento de SE brindara a las PYMES la posibilidad de acogerse al estatuto de la SE. Además, el Comité celebraba que la Comisión al elaborar la propuesta de 1989, hubiera tenido en cuenta muchas de las sugerencias por él formuladas en relación con el estatuto de SE y hacía una especial referencia a su dictamen de 24 de noviembre de 1988²⁵³.

Según manifestaba el Comité en el dictamen presentado el 28 de marzo de 1990 (DOCE, número C124, de 21 de mayo de 1990), las expectativas puestas en el estatuto de la SE sólo se materializarían si este nuevo tipo societario fuera viable en la práctica, a cuyos efectos estimaba que era necesario que el estatuto de SE constituyera un Derecho de sociedades lo más homogéneo posible e independiente de los ordenamientos jurídicos nacionales, aunque era consciente de las dificultades que entrañaba tal objetivo ideal. El Comité conocía las disparidades, tanto sociales, como jurídicas, existentes entre los diversos Estados miembros lo que, sin duda, dificultaba la homogeneidad deseable, si bien, advertía

²⁴⁹ En efecto, según lo dispuesto en el artículo 79 del proyecto de estatuto de SE de 1989, la renuncia “estará supeditada a una decisión expresa de la Junta general adoptada con conocimiento de la falta cometida y de su efecto perjudicial para la sociedad”.

²⁵⁰ Con la prescripción que se recogía en el artículo 80 del Proyecto de estatuto de SE de 1989 se venía a atemperar el rigor de la norma en materia de responsabilidad.

²⁵¹ Conforme a lo dispuesto en los artículos 100 A y 54 del TCEE. Recordemos que el artículo 100 A decía que “...el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y social...” y el artículo 54 que “...el Consejo decidirá, mediante directivas, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social...”.

²⁵² DOCE, número C124, de 21 de mayo de 1990 y Bol. CE 3, 1990, punto 1.1.100. Concretamente, en el punto 1.1.100 se recogía textualmente “el Comité se congratula de que las propuestas de la Comisión hayan tenido en cuenta su dictamen previo sobre el memorándum. Considera que el futuro estatuto de la SE es un instrumento apropiado para incrementar la colaboración transnacional y promover la integración económica de la Comunidad. Para evitar los problemas que pudieran surgir, sobre todo a causa del estatuto fiscal de las SE, el Comité insiste en que el Consejo apruebe cuanto antes las directivas fiscales sobre sociedades. Solicita igualmente que se eliminen las disparidades que aparezcan en los Estados miembros entre las directivas de armonización del Derecho de sociedades vigente y el estatuto de la SE. A propósito de la propuesta de Reglamento, las principales observaciones del Comité apuntan a que se amplíe en la medida de lo posible el ámbito de aplicación del Reglamento y a que se flexibilice la normativa. Otras observaciones se refieren al papel de los accionistas y a la responsabilidad del órgano de dirección o control. En cuanto a la propuesta de la Directiva, el Comité solicita que se equiparen las diferentes fórmulas de participación de los trabajadores en la vida de la empresa y señala una serie de impresiones del texto”.

²⁵³ DOCE C 23, de 30 de enero de 1989, pág. 36 y Bol. CE 11, 1988, punto 2.1.115. Se estaba refiriendo al dictamen que el Comité emitió sobre el memorándum que el 15 de julio de 1988 presentó la Comisión (COM (88) 320 y Bol. CE 6, 1988, punto 2.1.127 y suplemento 3/88 del Bol.).

contra el peligro de que el estatuto de la SE, como consecuencia de las frecuentes referencias a las legislaciones nacionales, se alejase demasiado de ese principio, con el consiguiente efecto de encontrarse ante una amalgama de reglamentaciones dispares y formas de organización no equiparables, considerando, el Comité, que esta propuesta de estatuto de SE no hacía más que agravar dichos temores²⁵⁴.

Con el fin de evitar la problemática de índole fiscal que podía suscitarse en torno a la SE, el Comité insistía en que el Consejo aprobara, lo antes posible, las directivas fiscales sobre las sociedades, puesto que había que tener en cuenta que los obstáculos de carácter fiscal podían constituir un impedimento para que las empresas utilizaran la forma jurídica de la SE, por lo que solo harían uso de ella cuando se hubieran suprimido la mayor parte de los obstáculos fiscales²⁵⁵. Asimismo, solicitaba que se eliminasen las disparidades que apareciesen en los Estados miembros entre las directivas de armonización del Derecho de sociedades vigente y el estatuto de la SE²⁵⁶.

En cuanto al fundamento jurídico, el Comité subrayó que, teniendo en cuenta la importancia de este proyecto desde el punto de vista empresarial, social y fiscal, sería conveniente lograr la aprobación unánime en el Consejo de Ministros²⁵⁷.

En relación con la posición de los trabajadores en la SE, el Comité hacía referencia a la opinión que, sobre esta materia, expresó en su dictamen de 25 de octubre de 1972²⁵⁸ sobre la propuesta de estatuto de la SE, que fue reiterada en su dictamen de 29 de mayo de 1974, en el sentido de que se debía de brindar a los trabajadores la posibilidad de una representación común de sus intereses dentro de la empresa y de participación en determinadas decisiones de ésta, sin detrimento de la responsabilidad y eficiencia de la Dirección; aunque, era consciente de que las diferencias sociales, históricas, culturales y políticas de cada Estado miembro habían conducido a que la participación de los trabajadores fuera diferente, tanto en la forma, como en el alcance de la misma. Consideraba el Comité, que resultaba difícil conseguir una homogeneidad en este terreno, constituyendo el camino elegido por la Comisión de dar mayor flexibilidad a la participación mediante el ofrecimiento de varios modelos, un instrumento útil para alcanzar un mayor grado de

²⁵⁴ DOCE C 124, de 21 de mayo de 1990, punto 1.2 del dictamen del Comité. Nuevamente se ponía de relieve la necesidad de un instrumento jurídico homogéneo e independiente de los Derechos nacionales y se advertía que una regulación que contuviera excesivas remisiones a las legislaciones nacionales nos alejaba de dichos principios. Asimismo, dejaba patente que la propuesta de estatuto de SE que se sometía a su consideración no hacía sino incrementar dichos temores.

²⁵⁵ DOCE C 124, de 21 de mayo de 1990, punto 1.5 del dictamen del Comité. No obstante, añadía a continuación, en el punto 1.5.1, que “sería un error estructurar el atractivo fiscal de tal manera que otras empresas no organizadas en la forma de SE fuesen víctimas de distorsiones de la competencia debidas a causas fiscales”.

²⁵⁶ DOCE C 124, de 21 de mayo de 1990, punto 1.6 del dictamen del Comité, donde se señalaba que “el Comité acepta que a la hora de elaborar algunas de las reglamentaciones del estatuto de la SE se haya recurrido a propuestas de solución sobre las cuales los Estados miembros se habían puesto de acuerdo en relación con directivas de armonización ya aprobadas. Aunque sigue habiendo divergencia de opiniones sobre la conveniencia y viabilidad de algunas de esas reglamentaciones, no sería bueno volver a discutir tales soluciones de compromiso a las que en muchos casos se ha llegado tras años de deliberaciones en el Consejo. Por otra parte, muchas de las directivas a que se hace referencia están ya recogidas en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros. Si las soluciones incluidas en el estatuto de la SE fuesen distintas de aquéllas, se llegaría a un trato discriminatorio entre las formas de sociedad nacionales y la SE, cosa que el Comité no considera conveniente. Si en casos aislados se comprobara que las soluciones adoptadas no son viables en la práctica, habría que modificar también las directivas de la CE subyacentes mediante una reforma a fondo”.

²⁵⁷ DOCE C 124, de 21 de mayo de 1990, puntos 1.8, 1.8.1, y 1.8.2, del dictamen del Comité. Añadía además, que “la vía propuesta actualmente por la Comisión –excluir del Reglamento los ámbitos relacionados con la participación y recogerlos en una directiva basada en la letra g del apartado 3 del artículo 54– entrañaría la posibilidad de una aprobación por mayoría cualificada”.

²⁵⁸ JOCE C 131, de 13 de diciembre de 1972, concretamente el punto I.6, observaciones generales sobre el título V “La representación de los trabajadores en la SE”.

aceptación y con ello, la viabilidad política; no obstante, apuntaba que se debería de procurar que las opciones de participación ofrecidas fueran equiparables desde el punto de vista de su contenido²⁵⁹.

En materia de órganos realizaba diversas observaciones sobre la revocación de los miembros del órgano de dirección²⁶⁰, sobre actos sujetos a autorización previa del órgano de vigilancia²⁶¹, en lo relacionado con la responsabilidad del órgano de dirección o del órgano de control²⁶², en cuanto a la legitimación para interponer determinadas demandas ante los Tribunales²⁶³, sobre el momento en que debería de contarse el plazo de prescripción de la acción social de responsabilidad²⁶⁴.

B. DICTAMEN DEL PARLAMENTO EUROPEO

El dictamen del Parlamento Europeo sobre el Proyecto de estatuto de SE de 1989, se publicó el 25 de febrero de 1991, en el DOCE²⁶⁵. En dicho informe, el Parlamento aprobaba la propuesta de la Comisión con numerosas enmiendas referidas: al campo de aplicación del Reglamento, puesto que el Parlamento consideraba que las sociedades podían adoptar la forma de una SE, de una SCE, de una sociedad mutua europea, de una mutualidad europea o

²⁵⁹ DOCE C 124, de 21 de mayo de 1990, puntos 1.7.1, y 1.7.2 del dictamen del Comité. Además, en el punto 1.7. indicaba que “en lo que concierne a la representación común de los intereses de los trabajadores dentro de las empresas y su participación en determinadas decisiones empresariales, el Comité ha reiterado ya su conformidad de principio, subrayando que la participación de los trabajadores es premisa importante del desarrollo de una sociedad democrática. El hecho de no tener en cuenta en una empresa los factores personales equivaldría a ignorar la realidad económica, social, histórica y jurídica”.

²⁶⁰ La revocación debía de apoyarse en motivos importantes. DOCE C124, de 21 de mayo de 1990, punto 2.31 del dictamen del Comité, donde señalaba que “el hecho de que los miembros del órgano de dirección puedan ser revocados «en todo momento» como se estipula en el apartado 2 del artículo 62, no es compatible con la necesaria continuidad en la política comercial de una sociedad. La necesaria independencia de los miembros del órgano de dirección exige que no puedan ser revocados sino por motivos importantes”.

²⁶¹ Se sugería que con el fin de responder a las necesidades prácticas de las distintas sociedades fueran los estatutos o el Consejo de vigilancia los encargados de determinar el tipo y alcance de los actos jurídicos que debían someterse a autorización previa, así como la posibilidad de acudir a la Junta general, en el caso de que el órgano de vigilancia denegase la correspondiente autorización. DOCE C124, de 21 de mayo de 1990, punto 2.36 del dictamen del Comité.

²⁶² Advertía que en relación con el deber de confidencialidad no quedaba claro cuáles serían las consecuencias de su infracción. Por lo que respectaba al principio de responsabilidad solidaria de los miembros del órgano, consideraba que debería de tenerse en cuenta la práctica de delegación de facultades en el seno de los órganos de decisión y le parecía excesivo exigir responsabilidad incluso, a miembros que no habían participado en las decisiones. DOCE C 124, de 21 de mayo de 1990, puntos 2.39 y 2.41 del dictamen del Comité.

²⁶³ Consideraba que a efectos de revocación de los miembros del órgano de vigilancia o administración, el único autorizado para interponer la correspondiente demanda ante los Tribunales debería ser el propio órgano al que perteneciera el miembro que se pretendía revocar, puesto que, los demás órganos difícilmente podrían juzgar si se daban o no las condiciones que constituían una causa justa. En cuanto a la acción social de responsabilidad se mostraba conforme con el criterio que se fijaba en artículo 78.3, aunque sugería ciertas variaciones. DOCE C 124 de 21 de mayo de 1990, puntos 2.40 y 2.42, respectivamente, del dictamen del Comité.

²⁶⁴ Indicaba que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción social de responsabilidad debería contarse desde el momento en que la sociedad tuviera conocimiento del hecho perjudicial. DOCE C 124 de 21 de mayo de 1990, punto 2.44 del dictamen del Comité.

²⁶⁵ DOCE número C 48, de 25 de febrero de 1991 y Bol CEE 1-2, 1991, punto 1.2.69, donde se recogía que el dictamen del Parlamento era “favorable, con numerosas enmiendas que se refieren en especial al campo de aplicación del Reglamento (que el Parlamento desearía ampliar a las sociedades de un mismo Estado miembro), los derechos de los trabajadores en las SE, la composición y el papel de los órganos de dirección y de vigilancia, el procedimiento de constitución de una SE *holding* (intercambio de un mínimo del cincuenta y uno por ciento y no del cien por cien de las acciones de las sociedades fundadoras con las acciones del nuevo *holding*), las condiciones de los aumentos de capital (el Parlamento desearía suprimir la mención de un límite máximo del cincuenta por ciento), los derechos de los accionistas y varias disposiciones fiscales”.

de una asociación europea²⁶⁶ y dado que el Reglamento propuesto por la Comisión sólo era de aplicación a las SE, debían de elaborarse reglamentos específicos para cada forma de sociedad²⁶⁷; a los derechos de los trabajadores en las SE²⁶⁸; a la fiscalidad de las SE²⁶⁹. Asimismo, se presentaron numerosas enmiendas relativas a la composición y al papel de los órganos de dirección y de vigilancia.

En cuanto al órgano de vigilancia se especificaba que era el encargado de supervisar la gestión del órgano de dirección²⁷⁰ y en relación con sus derechos de información se puntualizaban sus competencias²⁷¹; también se especificaba que si la mitad de los miembros

²⁶⁶ En este sentido la enmienda número 126 añadía un Considerando nuevo el 5º bis, con la siguiente redacción: “considerando que estas sociedades pueden adoptar la forma de una SE, de una SCE, de una mutua europea, de una mutualidad europea o de una asociación europea”.

²⁶⁷ En relación con esta temática la enmienda número 3 añadía un Considerando nuevo el 5º ter, con el siguiente contenido: “considerando que el presente Reglamento se aplica sólo a la SE, resulta necesario elaborar reglamentos específicos para cada forma de sociedad, de manera que puedan entrar en vigor a más tardar el 1 de enero de 1992”.

²⁶⁸ Respecto a los derechos de los trabajadores la enmienda número 5 añadía un Considerando nuevo el 14º bis, con el siguiente texto: “considerando que, vista la aproximación conseguida mediante la aplicación de la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, la aplicación de las disposiciones contenidas en dicha Directiva podrá hacerse extensible a la SE”.

²⁶⁹ En cuanto a la fiscalidad la enmienda número 131 añadía un Considerando nuevo el 21º bis y la enmienda 132 añadía el Considerando 21º ter, con los contenidos que seguidamente se indican: “considerando que la CE, con vistas a la creación de la unión económica y monetaria, precisa nuevos recursos propios que podrán conseguirse mediante un impuesto a la SE aplicable a aquellas fuentes de beneficios impulsadas por el proceso de integración europea, y que un estatuto de SE podría estimular aún más”; “considerando que el estatuto de la SE resultaría particularmente interesante para las empresas, ya que quedarían sujetas a un único régimen fiscal; considerando que esto, sin embargo, requeriría un propuesta independiente sobre el impuesto de la SE y que esta propuesta es esperada de modo apremiante”.

²⁷⁰ A tenor de lo previsto en la enmienda número 70, que modificaba el apartado 1 del artículo 63 del Proyecto de estatuto de SE de 1989 y proponía la siguiente redacción: “el órgano de vigilancia «supervisará la gestión del órgano de dirección. Sin embargo» no podrá intervenir en la gestión de la sociedad ni representarla en sus relaciones con terceros. No obstante, representará a la sociedad en sus relaciones con los miembros del órgano de dirección”.

²⁷¹ Según se recogía en la enmienda número 71, que modificaba el apartado 1 del artículo 64 del Proyecto de estatuto de SE de 1989, proponiendo el texto que se detalla: “el órgano de dirección informará al órgano de vigilancia cada tres meses como mínimo acerca de «los aspectos más importantes» de la gestión y «sobre» la marcha de los asuntos de la sociedad, incluidas las empresas por ella controladas, de su situación presente y de su previsible evolución”; enmienda número 72, que modificaba el apartado 2 del artículo 64 y proponía la siguiente redacción: “el órgano de dirección informará sin demora al Presidente del órgano de vigilancia de «asuntos de particular importancia para la sociedad» y de todo acontecimiento producido en las empresas por ella controladas que pueda tener repercusiones notorias en la situación de la SE”; y enmienda número 128, que modificaba el apartado 1 del artículo 72 de dicho Proyecto, de la siguiente forma: “la ejecución de las decisiones de: a) «proyectos de inversión cuyo alcance represente en cada caso más de un determinado porcentaje del capital propio de la sociedad»; b) «la creación, la adquisición, la enajenación o la cesación de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, en caso de que el precio de compra o el beneficio de venta represente más de un determinado porcentaje del capital propio de la sociedad»; c) «la toma o concesión de créditos, la emisión de bonos y la asunción de obligaciones de terceros o su garantía cuando la totalidad de la operación correspondiente represente más de un determinado porcentaje del capital propio de la sociedad»; d) «la firma de suministros y servicios, si el volumen total de negocio previsto en ellos representa más de un determinado porcentaje del volumen total de negocios del último ejercicio», no podrá efectuarse «en sistema dualista» por el órgano de dirección sin autorización previa del órgano de vigilancia. «El porcentaje indicado en los subapartados a) a d) deberá fijarse en los estatutos de la SE y no podrá ser inferior al cinco por ciento ni superior al veinticinco por ciento». «En el sistema monista, el poder de tomar estas decisiones» no podrá delegarse en los miembros «encargados de la dirección empresarial en el» órgano de administración...”.

del órgano de vigilancia eran nombrados por los trabajadores, sólo se podría elegir como Presidente de dicho órgano, a un miembro nombrado por la Junta general de accionistas²⁷².

En relación con el sistema monista se presentaban diversas modificaciones relativas a la determinación del número de miembros del órgano de administración²⁷³, nombramiento del Presidente del órgano²⁷⁴, delegación de facultades²⁷⁵, derechos de información²⁷⁶.

En cuanto a las disposiciones comunes a ambos sistemas de administración se efectuaban algunas puntualizaciones en torno a los deberes de diligencia y secreto²⁷⁷, se recogía el derecho de los miembros de los órganos a ser oídos en los procedimientos de revocación de su cargo y se puntualizaba la legitimación activa a efectos de presentación de la demanda de revocación²⁷⁸; en caso de que se produjera un empate en los procesos de toma de decisiones en el seno de los órganos, el voto del Presidente era dirimente si la mitad de los miembros estaba nombrada por los trabajadores²⁷⁹. En materia de responsabilidad de los órganos se suprimía la posibilidad de que los acreedores pudieran ejercitar la acción

²⁷² De acuerdo con lo dispuesto en la enmienda número 73, que añadía una nueva frase al artículo 65, apartado 1 del Proyecto de estatuto de SE de 1989, del tenor literal siguiente: «si la mitad de los miembros fuese nombrada por los trabajadores, sólo se podrá elegir Presidente a un miembro nombrado por la Junta general de accionistas».

²⁷³ Conforme a lo determinado en la enmienda 74, que modificaba el apartado 1 del artículo 66 del Proyecto de estatuto de SE de 1989 y proponía esta redacción: “la SE estará administrada y representada por el órgano de administración. Este órgano estará integrado por un mínimo de tres miembros. «El número de los miembros del órgano se indicará en el estatuto o, en su caso, la escritura de constitución»... ”.

²⁷⁴ Tal y como venía establecido en la enmienda número 74, que modificaba el apartado 1 del artículo 66 del Proyecto de estatuto de SE de 1989 en el siguiente sentido: “el órgano de administración establecerá su propio reglamento interior y elegirá entre sus miembros un Presidente y, «si procede», uno o varios vicepresidentes” y en la enmienda número 75 que añadía una nueva frase al apartado 1 del artículo 66 del citado Proyecto para indicar que «si la mitad de los miembros fuese nombrada por los trabajadores, sólo se podrá elegir como Presidente a un miembro nombrado por la Junta general de accionistas».

²⁷⁵ En efecto, la enmienda número 76 modificaba el apartado 2 del artículo 66 del Proyecto de estatuto de SE de 1989, dándole la siguiente redacción: “el órgano de administración delegará la dirección de la SE en uno o varios de sus miembros. La delegación del poder de dirección de un miembro del órgano de administración podrá ser revocada por este órgano en todo momento”; la enmienda número 128 modificaba el apartado 1 del artículo 72, de la siguiente forma: “«en el sistema monista, el poder de tomar estas decisiones» no podrá delegarse en los miembros «encargados de la dirección empresarial en el» órgano de administración” y la enmienda nº 77 añadía un nuevo apartado 2 bis al artículo 66 de dicho Proyecto, puntualizando que «los miembros del órgano de administración que no participen en la dirección tendrán que supervisar a los miembros encargados de la dirección». La redacción de este nuevo apartado que se añade, muestra a las claras una manifiesta intención de aproximación de las estructuras organizativas de ambos sistemas de administración (monista y dualista).

²⁷⁶ Lo cierto es que la enmienda número 79 añadía un nuevo apartado 4 bis al artículo 67 del Proyecto de estatuto de SE de 1989, del tenor literal siguiente: «4 bis. Cualquier miembro no directivo del órgano de administración podrá exigir a los miembros directivos del mismo que faciliten a los miembros no directivos todas las informaciones necesarias para el cumplimiento de su misión».

²⁷⁷ Así, la enmienda número 83 modificaba el apartado 2 del artículo 74 del Proyecto de estatuto de SE de 1989, en el siguiente sentido: “todos los miembros ejercerán su función en interés de la «sociedad»” y la enmienda número 129 modificaba el apartado 3 del artículo 74 del mencionado Proyecto, dándole la siguiente redacción: “todos los miembros observarán la necesaria «reserva» por lo que respecta a las informaciones de carácter confidencial de que dispongan sobre la SE. Deberán respetar dicha obligación aún después de haber cesado en sus funciones”.

²⁷⁸ En este sentido la enmienda número 84 añadía una frase al apartado 1 del artículo 75 del Proyecto de estatuto de SE de 1989 recogiendo el derecho de los miembros de los órganos a ser oídos en caso de revocación de su cargo y la enmienda número 85 modificaba el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 75 de dicho Proyecto, dándole la siguiente redacción: “la demanda podrá ser igualmente presentada por uno o varias accionistas que en conjunto reúnan el diez por ciento «de los votos» de la SE”.

²⁷⁹ Tal y como se recogía en la enmienda número 86, que añadía una nueva frase al apartado 3 del artículo 76 del Proyecto de estatuto de SE de 1989, del tenor literal siguiente: «si la mitad de los miembros estuviese nombrada por los trabajadores, decidirá, en caso de empate, el voto del Presidente».

social de responsabilidad²⁸⁰ y se especificaba que a efectos de legitimación de los accionistas para el ejercicio de dicha acción se requería el diez por ciento de los votos de la SE²⁸¹, el plazo de prescripción de la acción, que era de cinco años, se contaba a partir del momento en que el demandante tuviera conocimiento del hecho perjudicial u observando una conducta escrupulosa, que debía mostrar un hombre de negocios, hubiera debido tenerlo²⁸², se añadía también, un nuevo artículo que recogía la responsabilidad civil frente a los accionistas y terceros²⁸³.

5. PROYECTO DE ESTATUTO DE 1991

Tras la presentación de sendos dictámenes por parte del Comité Económico y Social²⁸⁴ y del Parlamento Europeo²⁸⁵, la Comisión presentó una nueva propuesta modificada del Reglamento, el 16 de mayo de 1991²⁸⁶ y de la Directiva, el 6 de abril de 1991²⁸⁷.

El Proyecto de 1991 redujo aún más el articulado dejándolo en 110 artículos²⁸⁸, incrementándose, con ello, la remisión a las diversas legislaciones nacionales²⁸⁹. La disciplina relativa a la intervención de los trabajadores en la gestión empresarial, se regulaba, al igual que en 1989, mediante la correspondiente Directiva (de aplicación conjunta con el Reglamento). La base jurídica en la que se fundamentaba este texto, al igual que el de 1989, era la contenida en el artículo 100 A TCEE para el Reglamento (artículo 95 TCE) y en el artículo 54 TCEE para la Directiva (artículo 44 TCE).

²⁸⁰ Efectivamente, la enmienda número 88 suprimía el apartado 4 del artículo 78 del Proyecto de estatuto de SE de 1989, por tanto estaban legitimados para el ejercicio de la acción social de responsabilidad los miembros del órgano de administración, los de órgano de vigilancia y los accionistas minoritarios.

²⁸¹ De acuerdo con lo dispuesto en la enmienda número 87, que modificaba el apartado 3 del artículo 78 del Proyecto de estatuto de SE de 1989, dándole la siguiente redacción: “la acción social de responsabilidad podrá ser igualmente entablada por uno o varios accionistas que en conjunto reúnan el diez por ciento «de los votos de la SE»”.

²⁸² Lo cierto es que la enmienda número 89 modificaba el artículo 80 del Proyecto de estatuto de SE de 1989, relativo a la prescripción de la acción social de responsabilidad, fijando el *dies a quo* en el momento en que el demandante tuviera conocimiento del hecho perjudicial o, en su caso, desde el momento en que debió de tener dicho conocimiento, observando una normal diligencia.

²⁸³ Efectivamente, la enmienda número 90 añadía un nuevo artículo el 80 bis al Proyecto de estatuto de SE de 1989, que bajo el título “Responsabilidad civil frente accionistas y terceros” recogía literalmente: «1. Los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia serán responsables ante los accionistas de la SE del daño que se les hubiera causado a éstos por una infracción de las disposiciones del reglamento, de los estatutos o de cualesquiera otras obligaciones que tengan los miembros de estos órganos en el cumplimiento de su misión. 2. Se aplicarán consecuentemente el apartado 2 del artículo 77 y el artículo 80». Se estaba regulando, por tanto, la acción individual de responsabilidad.

²⁸⁴ DOCE C 124, de 21 de mayo de 1990.

²⁸⁵ DOCE C 48, de 25 de febrero de 1991.

²⁸⁶ DOCE C 176, de 8 de julio de 1991, COM (91) 174 y Bol. CE número 5, 1991, punto 1.2.46, donde se recogía que respetando los dictámenes emitidos por el Parlamento europeo y el Comité Económico y Social, la propuesta modificada aportaba aclaraciones o mejoras en muchos aspectos y, en concreto, en el de la creación de la SE, traslados de sede, registro, liquidación, disolución, fusión, creación de *holdings*, transformación, de sociedades anónimas existentes, aumentos de capital o funcionamiento de órganos.

²⁸⁷ DOCE C 138, de 29 de mayo de 1991 y Bol. CE número 5, 1991, punto 1.2.47, donde se indicaba que “...la propuesta aporta varias modificaciones sobre los procedimientos de aprobación del modelo de participación, designación de candidatos para el órgano de control y elección de representantes de los trabajadores en el seno de la SE”.

²⁸⁸ Confirmando, de esta forma, el abandono definitivo de cualquier intento de regular con carácter global el estatuto jurídico de la SE.

²⁸⁹ El recurso de utilizar esta práctica de remisión a los ordenamientos nacionales fue posible en parte, gracias al grado de convergencia, cada vez más intenso, de las legislaciones societarias de los Estados miembros y en parte, gracias al grado de armonización alcanzado en los años setenta y ochenta.

En relación con el texto de 1989, esta nueva propuesta de 1991 no presentaba grandes novedades, al menos en los temas sustanciales²⁹⁰. Si acaso, venía a depurar, matizar o complementar varios aspectos del régimen jurídico de la SE, en unos casos simplificándolos y en otros desarrollándolos. Sin embargo, algunos de estos aspectos tenían especial trascendencia, como la nueva vía de acceso a la SE por transformación de una sociedad anónima nacional domiciliada en la Comunidad, siempre que tuviera una filial o un establecimiento en un Estado miembro diferente del de su administración central, la regulación del cambio de domicilio de la SE dentro de la Comunidad, el sistema de fuentes²⁹¹, las precisiones en materia de órganos, etc.

Seguidamente, haré un resumen de las principales modificaciones que este proyecto de estatuto de SE introdujo en materia de órganos. En primer lugar, quiero resaltar, como ya he indicado en párrafos precedentes, que se otorgaba un mayor protagonismo a las legislaciones nacionales, una primera manifestación de esta afirmación se encontraba en la limitación impuesta a la posibilidad de optar, mediante disposición estatutaria, por uno de los dos sistemas de administración (monista o dualista), puesto que se facultaba a los Estados miembros para imponer uno de esos dos sistemas a las SE domiciliadas en su territorio²⁹².

²⁹⁰ Véase FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 23. Según recoge el citado autor: “examinados desde la actual perspectiva histórica, no parece necesario insistir en la importancia que los Proyectos de 1989 y 1991 tuvieron en el plano técnico y su decisiva contribución al proceso de modernización de la SE. No sólo mantienen sino que intensifican la depuración de esta disciplina..., y por la vía de suprimir cuestiones conflictivas y de mejorar técnicamente algunas de las soluciones recogidas en el Reglamento de 1975 sientan las bases para el texto definitivamente aprobado”.

²⁹¹ La jerarquía de fuentes aplicables a la hora de integrar el régimen jurídico de la SE presentaba relevantes modificaciones en relación con el Proyecto precedente de 1989. En el Proyecto de estatuto de SE de 1989 se optaba por una prelación con clara vocación europea; los puntos que no estaban expresamente regulados se resolvían con arreglo a los principios generales en los que se inspiraba el Reglamento y sólo en el caso en que estos principios generales no permitieran resolver el asunto entraba en juego la ley aplicable a las sociedades anónimas del Estado del domicilio de la SE, dando así prioridad al nivel comunitario sobre las legislaciones nacionales (este sistema era de aplicación a las materias reguladas con puntos no expresamente regulados); en las materias no reguladas por el Reglamento se aplicaban las disposiciones del Derecho Comunitario y del Derecho de los Estados miembros sin orden de preferencia, lo que conducía a confusiones por lo que el propio comentario oficial eludía el problema señalando que “el derecho aplicable en cada caso concreto se determinará según el Derecho internacional privado del Tribunal al que se recurra”.

En el Proyecto de estatuto de SE de 1991 desapareció la distinción entre materias en beneficio de un régimen unitario de jerarquía normativa. La SE se regía por las disposiciones del Reglamento y, en su ausencia, por las disposiciones de la legislación del Estado del domicilio de la SE relativas a las sociedades anónimas. Pero en ambos supuestos, cada nivel normativo estaba complementado, con la misma aplicación preferente o supletoria, por las disposiciones libremente acordadas por las partes en los estatutos sociales. Así pues, el sistema de fuentes quedaba integrado por dos bloques normativos de doble composición cada uno: Reglamento y estatutos, en la medida en que el propio Reglamento lo autorizase expresamente; legislación nacional y estatutos, en las mismas condiciones que regían para las sociedades anónimas reguladas por el derecho del Estado miembro del domicilio de la SE. En consecuencia desapareció la distinción de materias y también la invocación a los principios inspiradores del Reglamento, como fuente intermedia con preferencia al Derecho nacional en determinados casos. Véase QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La Sociedad Anónima Europea”, ya cit., págs. 4299-4301.

²⁹² En efecto, el artículo 61 del Proyecto de estatuto de SE de 1991, al igual que su homólogo del Proyecto de 1989, posibilitaba que mediante la correspondiente disposición estatutaria se estableciera un sistema de administración monista o dualista, pero facultaba a los Estados miembros para imponer uno de los dos sistemas a las SE domiciliadas en su territorio.

El sistema dualista estaba integrado por un órgano de dirección²⁹³ y un órgano de vigilancia. El órgano de dirección asumía la gestión de la SE y sus miembros (uno o varios) tenían poder para obligar a la SE ante terceros y para representarla en justicia, con arreglo a las disposiciones del Estado del domicilio de la SE adoptadas en aplicación de la Directiva 68/151²⁹⁴. El miembro o miembros del órgano de dirección eran nombrados y revocados por el órgano de vigilancia; no podían ejercerse, simultáneamente, las funciones de miembro del órgano de dirección y del órgano de vigilancia; sólo en caso de vacante podía designar el órgano de vigilancia a uno de sus miembros para su cobertura en el órgano de dirección, y en este caso las funciones de control del designado quedaban en suspenso mientras durara su nombramiento²⁹⁵. El órgano de vigilancia²⁹⁶ controlaba la gestión encomendada al órgano de dirección pero no podía ejercer, por sí mismo, funciones de gestión, ni representar a la SE frente a terceros, pero sí podía representar a la SE ante el órgano de dirección o alguno de sus miembros en caso de litigio o celebración de contratos²⁹⁷.

El número de miembros, del órgano de vigilancia se determinaba estatutariamente, pero los Estados miembros podían fijarlo con carácter imperativo para las SE inscritas en su territorio. Su nombramiento y revocación, sin perjuicio de los derechos de las minorías (según dispusiera la legislación nacional de cada Estado miembro) y en su caso, de lo dispuesto en las disposiciones adoptadas en aplicación de la Directiva sobre la participación de los trabajadores, correspondía a la Junta general. Los miembros del primer órgano de vigilancia podían designarse en los estatutos²⁹⁸.

El órgano de vigilancia elegía un Presidente entre sus miembros que, en el supuesto de aplicación del artículo 4 de la Directiva (relativo a la participación de los trabajadores), debía ser elegido entre los miembros nombrados por la Junta general. El Presidente era el encargado de convocar las reuniones del órgano, bien por propia iniciativa o a petición de una tercera parte de sus miembros (en el Proyecto del 89 bastaba con que lo solicitara un

²⁹³ Este órgano se regulaba en el artículo 62 del Proyecto de estatuto de SE de 1991, que le atribuía la gestión de la sociedad y la representación frente a terceros, determinando que sus miembros serían nombrados y revocados por el órgano de vigilancia.

²⁹⁴ Lo cierto es que el artículo 9 de la Primera Directiva 68/151 sienta el principio de vinculación de la sociedad frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si exceden el objeto social, sin perjuicio de la reserva concedida a los Estados miembros para evitar este efecto con ciertos requisitos. En relación con esta materia, véase ESTEBAN VELASCO, G., “La representación de la sociedad frente a terceros”, *Estudios y textos del Derecho de Sociedades de la CEE*, GIRÓN TENA (director), Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1978, págs. 253 y ss.

²⁹⁵ En efecto, según lo dispuesto en el artículo 62.3 del Proyecto de estatuto de SE de 1991, se prohibía desempeñar cargos simultáneamente en ambos órganos, si bien, en el caso de que se produjera una vacante en el órgano de dirección, el órgano de vigilancia podía designar a uno de sus miembros para cubrirla, en cuyo caso las funciones que correspondían al miembro así designado en el órgano de vigilancia, quedaban en suspenso.

²⁹⁶ A la regulación de este órgano se dedicaban los artículos 63 a 65 del Proyecto de estatuto de SE de 1991, relativos a las funciones del órgano, derechos de información y consulta, elección de Presidente y régimen de convocatorias.

²⁹⁷ Según lo dispuesto en el artículo 63.1 del Proyecto de estatuto de SE de 1991. Este artículo venía a remarcar la división de funciones existente entre los órganos de administración del sistema dual, puesto que, la función primordial del órgano de vigilancia era el control y vigilancia de la gestión llevada a cabo por el órgano de dirección y, por tanto, tenía vetada la intervención directa en la gestión social, aunque de una forma indirecta si participaba en la misma, tanto a través del nombramiento y revocación de los miembros del órgano de dirección, como mediante la autorización de determinadas operaciones.

²⁹⁸ A tenor de lo previsto en el artículo 63.2 y 3 del Proyecto de estatuto de SE de 1991. Lo cierto es que la disposición recogida en el punto 2 del artículo 63 propiciaba, aunque fuera de un modo indirecto, a través del nombramiento y revocación de los componentes del órgano de vigilancia, la devolución a la Junta general del poder originario que claramente tenía atribuido en los sistemas monistas, en cuanto al nombramiento y revocación de los miembros de administración de la sociedad. Por su parte el apartado 3 de este artículo venía a restringir la autonomía de la voluntad al permitir a los Estados miembros fijar el número de miembros del órgano de vigilancia.

sólo miembro) o del órgano de dirección. Si la petición no era atendida en el plazo de quince días la convocatoria podía efectuarse por los peticionarios de la misma²⁹⁹.

En cuanto a los derechos de información, se recogía la obligación del órgano de dirección a informar al órgano de vigilancia, con una periodicidad mínima trimestral, de la marcha de los asuntos sociales y su previsible evolución, estableciéndose, además, la obligación de comunicar sin demora cualquier información relevante para la marcha de la sociedad. Igualmente, se concedían al órgano de vigilancia las más amplias facultades para solicitar la información y realizar las comprobaciones que considerase pertinentes, requiriendo, incluso, la ayuda de expertos³⁰⁰.

El sistema monista³⁰¹ contaba con un único órgano de administración que asumía la gestión de la SE y cuyos miembros tenían poder para representar y obligar a la SE de conformidad con las disposiciones adoptadas por los Estados miembros en aplicación de la Primera Directiva 68/151. Por lo que respecta al número de miembros de este órgano, estaba en función del modelo adoptado en cuanto a la representación de los trabajadores: si ésta no se organizaba en función de lo previsto en el artículo 4 de la Directiva complementaria, podía estar compuesto por uno, dos o más miembros; en caso contrario, debía tener un mínimo de tres y el máximo que se fijara estatutariamente. Los miembros, dejando a salvo los efectos del artículo 4 de la Directiva complementaria, eran nombrados y revocados por la Junta general.

Al órgano de administración se le permitía delegar el poder de gestión en uno o varios de sus miembros³⁰², sin embargo no se recogía la posibilidad de delegar el poder de representación³⁰³. También se permitía la delegación de poderes determinados de gestión a favor de una o varias personas físicas que no fueran miembros del órgano de administración. Estos poderes eran revocables el cualquier momento³⁰⁴.

²⁹⁹ Según lo dispuesto en el artículo 65 del Proyecto de estatuto de SE de 1991. El hecho de que el cargo de Presidente debiera recaer en un miembro elegido por la Junta general, en los supuestos de participación de los trabajadores en el órgano de vigilancia, venía a resaltar la preponderancia que se otorgaba a los miembros procedentes del capital frente a los provenientes del ámbito laboral.

³⁰⁰ Así se establecía en el artículo 64 del Proyecto de estatuto de SE de 1991. En el Proyecto de 1989 se concedía a cada uno de los miembros del órgano de vigilancia la posibilidad de pedir al órgano de dirección, a través del Presidente del órgano de vigilancia, cuantas informaciones considerara necesarias para el desempeño de sus funciones. Con la supresión del párrafo 5 de este artículo se suprimieron estos derechos individuales. Igualmente, desapareció la posibilidad de entrar en conocimiento de los resultados de las comprobaciones y controles, que se recogía en el párrafo 6.

³⁰¹ Este sistema estaba regulado en los artículos 66, 67 y 67 bis del Proyecto de estatuto de SE de 1991, relativos a la gestión y representación, al nombramiento, revocación y número de miembros del órgano de administración, a la delegación de facultades, a la periodicidad y convocatoria de las reuniones del órgano y a la elección del Presidente.

³⁰² De acuerdo con lo previsto en el artículo 66.2 del Proyecto de estatuto de SE de 1991. En este apartado 2. se recogía literalmente: “el órgano de administración podrá delegar a uno o varios de sus miembros...”, por lo que debo destacar, que la facultad de delegación en este Proyecto de 1991 tenía carácter facultativo, se permitía delegar a diferencia de su homólogo del Proyecto de 1989 que imponía la delegación.

³⁰³ A mayor abundamiento, se suprimió el artículo 71 del Proyecto de estatuto de SE de 1989. No obstante, puede entenderse, en todo caso, que la referencia al “poder de gestión” tenía un sentido conceptual más amplio que incluía también facultades de representación, pues sería extraño que una hipótesis habitual en los Derechos nacionales quedara excluida de la SE. Curiosamente, y en la medida en que pueda servir de cita de autoridad, el comentario al artículo 66 que acompañaba la publicación del Proyecto de Estatuto en el Suplemento 5/89 mencionaba la delegación de la gestión y la representación de la sociedad en los miembros directivos designados de entre todos los miembros del órgano de administración en el sistema monista. Véase QUIJANO GONZALEZ, J., “La Sociedad Anónima Europea”, ya cit., pág. 4.318.

³⁰⁴ A tenor de lo previsto en el artículo 66.2 del Proyecto de estatuto de SE de 1991. El apartado 2 *in fine* del artículo 66 hacía referencia a los apoderamientos voluntarios que podían otorgarse a favor de cualquier persona y que, obviamente, eran revocables en cualquier momento.

El órgano de administración debía reunirse con la periodicidad que se fijase en los estatutos y como mínimo cada tres meses, y en los supuestos de operaciones relevantes que requirieran la preceptiva deliberación del órgano³⁰⁵. Debían designar un Presidente de entre sus miembros que, de aplicarse el artículo 4 de la Directiva complementaria, sería elegido entre los nombrados por la Junta general³⁰⁶. Las convocatorias del órgano las efectuaba el Presidente según lo previsto en los estatutos, bien de oficio o a petición de un tercio de sus componentes (en el Proyecto de 1989 bastaba con la petición de uno de sus componentes). En la petición de convocatoria debían indicarse los motivos y si dicha petición no era atendida en el plazo de quince días, el órgano podía ser convocado por los solicitantes.

Por último, se recogían varias normas comunes a ambos sistemas³⁰⁷ de aplicación, tanto a los miembros de los órganos de dirección y vigilancia, como a los miembros del órgano de administración y que hacían referencia al estatuto personal de dichos cargos.

La duración del mandato se fijaba en los estatutos, pero no podía exceder de seis años y podían ser reelegidos una o más veces por periodos de igual duración³⁰⁸.

En cuanto a las condiciones exigidas para el nombramiento, se prohibía el acceso a los que no podían ser miembros de cualquiera de dichos órganos en virtud de ley aplicable por la legislación del Estado del domicilio de la SE o por motivo de decisión judicial o administrativa adoptada según la normativa aplicable en un Estado miembro. Los estatutos podían fijar requisitos especiales para los miembros representantes de los accionistas, sin perjuicio de los derechos que las respectivas legislaciones nacionales concedieran a determinadas minorías. Igualmente, los estatutos, siempre que la correspondiente legislación nacional lo permitiera, podían estipular que fuera miembro una entidad jurídica, en cuyo caso, dicha persona jurídica debía de designar un representante persona física a la que era de aplicación el status jurídico de los demás miembros del órgano³⁰⁹.

En este Proyecto de estatuto de SE de 1991 desapareció la regulación de las materias relativas al nombramiento de suplentes en caso de vacante³¹⁰, a la atribución y ejercicio del

³⁰⁵ Efectivamente, el artículo 67 del Proyecto de estatuto de SE de 1991, marcaba, con carácter imperativo, la periodicidad mínima con la que debía reunirse el órgano de administración, en consecuencia, estatutariamente podía fijarse un plazo menor pero nunca superior.

³⁰⁶ Al igual que sucedía con el nombramiento del Presidente del órgano de vigilancia, se requería según lo dispuesto en el artículo 67 bis del Proyecto de estatuto de SE de 1991, que el Presidente del órgano de administración fuera nombrado entre los miembros elegidos por la Junta general en los supuestos de participación de los trabajadores en el órgano de administración del sistema monista.

³⁰⁷ Tales disposiciones se recogían en los artículos 68 a 80 del Proyecto de estatuto de SE de 1991, relativos a la duración del mandato de los miembros de los órganos, al nombramiento de las personas jurídicas como miembro de los órganos, a los requisitos exigidos para ostentar la condición de miembro de los órganos, a los derechos de las minorías de accionistas para la designación de una parte de los miembros de los órganos, a las operaciones que debían de quedar sujetas a autorización previa, a los derechos y obligaciones de los miembros de los órganos, a los quórum de adopción de acuerdos y a la responsabilidad de los miembros de los órganos.

³⁰⁸ A tenor de lo previsto en el artículo 68 del Proyecto de estatuto de SE de 1991. En consecuencia, se suprimía la excepción, que recogía el Proyecto de 1989, en relación con los primeros miembros del órgano de vigilancia (sistema dual) o del órgano de administración (sistema monista) designados en la escritura de constitución y que fijaba para los mismos un periodo de duración que no podía ser superior a tres años.

³⁰⁹ En efecto, el artículo 69 del Proyecto de estatuto de SE de 1991, establecía los requisitos negativos o prohibiciones y positivos o condiciones particulares exigibles para el nombramiento de los miembros de los órganos; asimismo, se admitía, siempre que la legislación del domicilio de la SE lo permitiera, el nombramiento de una persona jurídica como miembro de un órgano con la obligatoriedad de que la persona jurídica, así designada, nombrara a una persona física para el ejercicio de los poderes en el órgano correspondiente.

³¹⁰ En el anterior Proyecto de 1989 se permitía que, estatutariamente, se estableciera el nombramiento de miembros suplentes en caso de vacante, a tenor de lo previsto en su artículo 70; ahora bien, el Proyecto de 1991 suprimió dicho artículo.

poder de representación³¹¹, al conflicto de intereses³¹² y a la revocación de los miembros de los órganos por los Tribunales, cuando mediara justa causa³¹³.

Por el contrario, en relación con las operaciones sujetas a autorización del órgano de vigilancia en el modelo dualista, o deliberación específica en el monista, este proyecto procedió a precisar y ampliar el listado de las mismas. Así, los proyectos de inversión significativos, la creación, adquisición, enajenación o liquidación de empresas, establecimientos o partes de establecimientos, la toma o concesión de créditos, la emisión de obligaciones, la prestación de garantías y los contratos de suministro o servicios necesitaban este requisito cuando su volumen excedía de un porcentaje sobre el capital que se fijaba en los estatutos y que no podía ser inferior al cinco por ciento, ni superior al veinticinco por ciento. Además, este listado podía ser ampliado, tanto por los estatutos, como por los Estados miembros, para las SE inscritas en su territorio en las mismas condiciones que se establecían para las sociedades anónimas nacionales³¹⁴.

En cuanto a los derechos y obligaciones de los miembros de los diversos órganos se establecía un principio de igualdad; cada uno de los miembros de un órgano tenía los mismos derechos y obligaciones que los demás miembros del órgano del que formaba parte, se les imponía un deber de fidelidad por el que todos los miembros debían ejercer su función en interés de la sociedad, teniendo especialmente en cuenta los intereses de los accionistas y de los trabajadores y un deber de secreto por el que debían observar la necesaria discreción en lo que respectaba a las informaciones confidenciales, incluso después de cesar en el cargo³¹⁵.

En relación con el funcionamiento de los órganos se producía una remisión genérica a los estatutos, y a falta de previsión en los mismos se establecían unos requisitos en cuanto a la constitución del órgano, exigiéndose la presencia como mínimo de la mitad de los miembros; por lo que respecta a la adopción de acuerdos se requería la mayoría de los presentes y se consideraba dirimente el voto del Presidente de cada órgano en caso de empate³¹⁶.

³¹¹ Efectivamente, el artículo 71 del Proyecto anterior de 1989 se ocupaba de regular la atribución y el ejercicio de poder de representación, sin embargo el Proyecto de 1991 suprimió dicho artículo.

³¹² El conflicto de intereses estaba regulado en el artículo 73 del anterior Proyecto de 1989, que establecía el principio de previa autorización del órgano de vigilancia o de administración para aquellas operaciones en las que un miembro tuviera intereses opuestos a la SE, no obstante, estatutariamente, se podía obviar dicha autorización para las operaciones corrientes realizadas en condiciones normales; sin embargo, en el Proyecto de 1991 el artículo 73 fue suprimido.

³¹³ En efecto, el artículo 75 del anterior Proyecto de 1989, que fue suprimido en el Proyecto de 1991, declaraba que los miembros del órgano de vigilancia o de administración podían ser revocados por quienes fueran competentes para su nombramiento y, mediando justa causa, por los Tribunales del domicilio de la SE a instancia de la Junta general de accionistas, de los representantes de los trabajadores y de los órganos de vigilancia o administración.

³¹⁴ El contenido del artículo 72 era más específico en el Proyecto de 1991 y a mayor abundamiento se permitía, tanto a los Estados miembros, en las mismas condiciones que fueran de aplicación a sus sociedades anónimas, como a los órganos de vigilancia o administración, si así se preveía por los Estados miembros y bajo el principio de asimilación a las sociedades nacionales, la posibilidad de ampliar el listado de operaciones que debían quedar sujetas a autorización previa.

³¹⁵ Según lo estipulado en el artículo 74 del Proyecto de estatuto de SE de 1991. En relación con la regla relativa a la igualdad de derechos y obligaciones de los miembros de los órganos se apreciaba en la redacción del Proyecto de 1991 una mayor rotundidad, puesto que, el anterior Proyecto de 1989 recogía algunas salvedades como la distribución interna de tareas, la delegación del poder de dirección, el voto dirimente en caso de empate.

³¹⁶ Efectivamente, el artículo 76 del Proyecto de estatuto de SE de 1991, a falta de disposición estatutaria, establecía los quórum de asistencia y toma de decisiones, disponiendo, además, que en caso de empate el Presidente tendría voto dirimente.

La responsabilidad de los miembros de los distintos órganos³¹⁷ derivaba del perjuicio causado a la sociedad por el incumplimiento de las obligaciones. Cuando el órgano estaba integrado por varios miembros todos ellos eran responsables con carácter solidario, sin embargo, podía quedar exonerado de responsabilidad el miembro que probara que la falta no le era personalmente imputable³¹⁸.

La decisión de entablar la acción social de responsabilidad se adoptaba por la Junta general por mayoría de votos expresados y, a dichos efectos, debía de designar un mandatario especial. También podía ejercitarse por uno o varios accionistas que reunieran al menos el diez por ciento del capital suscrito, éstos entablaban la acción en nombre y por cuenta de la sociedad a través de mandatario³¹⁹. Desapareció en este proyecto la posibilidad de renuncia o transacción a la acción social que regulaba el anterior Proyecto de 1989³²⁰. En cuanto a la prescripción de la acción social de responsabilidad, se fijaba un plazo de cinco años que se contaban desde la realización del hecho perjudicial³²¹.

IV. LA OPOSICIÓN DE VARIOS ESTADOS MIEMBROS: SEGUNDO BLOQUEO DEL PROYECTO DE ESTATUTO DE SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA.

Desde el Proyecto de estatuto y Directiva de 1991 hasta que se publicó en el DOCE el Reglamento (CE) 2157/2001 y la Directiva 2001/86/CE, ambos textos de 8 de octubre de 2001, transcurrieron diez años, este nuevo bloqueo, al que se vio sometido el estatuto de la SE, venía motivado, principalmente, por la propuesta de Directiva que complementaba el citado estatuto.

La disciplina relativa a la participación de los trabajadores en la gestión empresarial ponía de manifiesto la diversidad de modelos existentes en los Estados miembros, en cuanto a la participación que la legislación de cada uno de ellos confería a los trabajadores. Así, tomando como referencia nuestra legislación y la cultura empresarial española resultaba muy difícil asimilar un régimen de participación de los trabajadores en los órganos sociales que, obviamente, implicaba el otorgamiento de facultades de gestión, bien fuera de manera directa en el sistema monista (participación en el Consejo de administración), o indirecta en el sistema dual (participación en el Consejo de control).

³¹⁷ De la regulación de esta materia se ocupaban los artículos 77 a 80 del Proyecto de estatuto de SE de 1991, relativos a la acción social de responsabilidad, sus presupuestos básicos, la legitimación para su interposición y la prescripción de la acción.

³¹⁸ A tenor de lo dispuesto en el artículo 77.2 del Proyecto de estatuto de SE de 1991 en los supuestos de pluralidad de miembros se presumía que todos ellos habían participado en la decisión perjudicial; no obstante cabía la posibilidad de exoneración individual con inversión de la carga de la prueba.

³¹⁹ Según determinaba el artículo 78 del Proyecto de estatuto de SE de 1991. Desapareció, en este Proyecto de 1991, la legitimación facultativa que el Proyecto de 1989 otorgaba al órgano de administración o al órgano de vigilancia, así como la legitimación de los acreedores que probaran la insuficiencia patrimonial de la sociedad para satisfacer sus créditos. Cabe resaltar que en la redacción dada a este artículo 78 por el Proyecto de 1991 parece apreciarse que la legitimación concedida a la minoría de accionistas lo era con carácter concurrente y no a título subsidiario o con carácter supletorio.

³²⁰ El Proyecto de estatuto de SE de 1991 no contemplaba la posibilidad de renuncia o transacción de la acción social de responsabilidad, a diferencia del Proyecto anterior de 1989 que, en su artículo 79 (suprimido en el Proyecto de 1991) recogía expresamente esta alternativa.

³²¹ La redacción dada al artículo 80 por el Proyecto de estatuto de SE de 1991 no difería, en cuanto al plazo de prescripción, de lo establecido por su predecesor, aunque precisaba que el *dies a quo* debía contarse “desde la realización del hecho perjudicial” (su predecesor de 1989 decía que “la acción social de responsabilidad no podrá ejercitarse una vez transcurrido el plazo de cinco años «a contar del hecho perjudicial»”).

El Consejo de Mercado Interior, del que pasó a depender la aprobación del Proyecto de 1991, logró, en noviembre de 1992, un consenso sobre diversas materias³²², pero la aprobación definitiva quedó finalmente paralizada por las posiciones encontradas en cuanto a la participación de los trabajadores³²³.

La participación de los trabajadores en el seno de la SE fue de lo más controvertida, ya que el trato dispensado a esta cuestión era muy diferente en cada Estado miembro. Para Alemania, sólo era admisible un sistema de cogestión y ninguna equivalencia, entre este modelo y los demás modelos propuestos, fue reconocida por dicho país que, además, contaba con el respaldo de Holanda y Luxemburgo, países donde también estaba en vigor el sistema de cogestión. Sin embargo, otros Estados como Reino Unido, Portugal y España, que trataban de defender sus propios sistemas y tradiciones, rechazaban cualquier sistema que fuera más allá de la información y consulta.

Las divergencias existentes en una materia tan fundamental y políticamente sensible hicieron inevitable que los trabajos del Consejo quedaran nuevamente bloqueados, malogrando los esfuerzos empleados para acercar las posiciones de los unos y de los otros, resumiendo, entre “ninguna SE sin participación” y “la negativa a la exportación de modelos nacionales de participación”³²⁴.

1. EL PAPEL DE LA INDUSTRIA EN EL PROCESO DE REVITALIZACIÓN DEL PROYECTO DE ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

En abril de 1993, el Consejo del Mercado Interior inició un debate político sobre la propuesta de estatuto de SE y sobre la temática relativa a la participación de los trabajadores en el seno de la SE. Después de quince sesiones quedaron sin resolver muchas cuestiones, por lo que algunas delegaciones, entre las que se encontraban: Reino Unido, Alemania y, en un grado menor, Irlanda, incluso dudaron de la oportunidad de la propuesta. No obstante, se alcanzó la mayoría suficiente para poder dar continuidad a los trabajos necesarios para la creación de una SE.

El mundo empresarial, que se había opuesto a la propuesta de estatuto de SE de 1975, se manifestó, en esta ocasión, a favor de la SE. En efecto, ante la falta de compromiso político la industria decidió hacer oír sus pretensiones. El grupo inglés *British Petroleum*³²⁵, junto con otras veinticinco empresas más, organizó, en los años 1993-1994, una campaña,

³²² Materias referidas a los requisitos de capital mínimo, se fijaba en 120.000 ecus, (el anterior Proyecto de 1989, lo fijaba en 100.000 ecus); a las reglas sobre quórum y mayorías en la toma de decisiones de la SE; se avanzó también en las posiciones tendentes a lograr un consenso en cuanto a las formas de acceso a la SE, en el principio de no discriminación de la SE con las sociedades anónimas nacionales y en la protección de los accionistas minoritarios.

³²³ Para más información sobre ésta materia puede consultarse ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C. *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, Boch, Barcelona, 2004, págs. 31-32; GARCÍA RIESTRA, M., “La sociedad anónima Europea”, Serie de documentos de trabajo, número 4-2002, Madrid, *Instituto de Estudios Europeos. Universidad San Pablo CEU*, www.idee.ceu.es, pág. 12; ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, ya cit., pág. 144, y MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA GARCÍA DE DUEÑAS, A., “La Sociedad Europea: Un régimen fragmentario con intención armonizadora”, Serie de documentos de trabajo, número 2-2004, Madrid, *Instituto de Estudios Europeos. Universidad San Pablo CEU*, www.idee.ceu.es, pág. 20.

³²⁴ BLANQUET, F., “Enfin la société européenne «la SE»”, ya cit., pág. 73.

³²⁵ Este grupo empresarial ya había manifestado su interés por el Proyecto de estatuto de SE de 1989. También, habían mostrado este mismo interés otras empresas entre las que se encontraban *Générale de Banque*, *Amro*, *British Aerospace*, *Airbus*, *Eurotunnel*, *IBM*; véase BLANQUET, F., “Enfin la société européenne «la SE»”, ya cit., págs. 80-81.

respaldada por la Tabla Redonda de Empresarios Europeos³²⁶, apoyando el reinicio de los trabajos sobre el estatuto de la SE. El Vicepresidente de la *British Petroleum*, Lord Simon, tuvo oportunidad directa de relanzar el proyecto en el seno mismo del Consejo como Presidente del Consejo de Mercado Interior bajo presidencia inglesa y, expresó, claramente, el interés de la industria en “una única sociedad que opere con establecimientos permanentes en los distintos Estados miembros, con un único balance anual, una única declaración fiscal y con un único régimen jurídico sobre participación de los trabajadores”. Según Lord Simon, una sociedad de este tipo ayudaría a: facilitar la cooperación transnacional, por ejemplo, con el desarrollo de redes europeas; permitir la dirección de la empresa en el ámbito comunitario; desarrollar una cultura europea en las sociedades de ámbito transnacional; mejorar la competitividad por medio de economías de escala en el seno de la Unión; simplificar las estructuras de los grupos y facilitar su reestructuración para adaptarse al mercado europeo; permitir a las PYMES su implantación en otros Estados miembros; mejorar la productividad y la competitividad de la industria europea³²⁷.

Las organizaciones de trabajadores también mostraron interés por la SE. La Unión de Confederación de la Industria y los Trabajadores de Europa tenían como una de sus prioridades más relevantes la aprobación de una sociedad de corte europeo que estableciera un nivel mínimo de participación de los trabajadores³²⁸.

A. EL INFORME *CIAMPI*

La Comisión no tardó en servir de portavoz de los intereses de industriales y trabajadores. El grupo de consulta sobre la competencia (*Competitiveness Advisory Group*), reunido por la Comisión, elaboró, para la cumbre europea de Cannes, bajo la presidencia de Carlo Ciampi, un informe (conocido como “informe *Ciampi*”) que presento en junio de 1995, dicho informe se dirigió al Presidente de la Comisión, los Primeros Ministros y los Jefes de Estado.

En este informe se insistió en el interés que tenía el empresariado europeo en contar con un estatuto de SE, ya que consideraba que este nuevo tipo societario permitiría: una simplificación de las estructuras empresariales; que tanto las pequeñas, como las medianas y grandes empresas pudieran operar en todo el territorio comunitario; que la toma de decisiones empresariales aumentara en rapidez y flexibilidad, puesto que ya no sería necesario recurrir a una costosa y compleja red de filiales sometidas a ordenamientos jurídicos diversos. Además, con la simplificación estructural de las empresas, que esta nueva forma societaria permitía, se conseguiría un ahorro para la economía comunitaria que entonces se estimaba en treinta mil millones de ecus al año.

La Comisión, en noviembre de 1995, emitió una comunicación en la que, retomando las conclusiones del “informe *Ciampi*”, resaltaba la importancia que tenía la SE para la consecución y la plena realización del Mercado Interior y además, manifestaba que

³²⁶ La Tabla Redonda de Empresarios Europeos, fue creada en 1983, agrupando a cuarenta dirigentes de las grandes empresas industriales, con el objetivo de relanzar la economía europea y mejorar su competitividad de cara al exterior, estableciendo, al efecto, un diálogo con los gobiernos nacionales y el comunitario.

³²⁷ ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C. *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., págs. 32-33. Para más información sobre el tema puede consultarse, también: MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA GARCÍA DE DUEÑAS, A. “La Sociedad Europea: Un régimen fragmentario con intención armonizadora”, ya cit., pág. 21 y BLANQUET, F., “Enfin la société européenne «la SE»”, ya cit., págs. 73-74.

³²⁸ Véase BLANQUET, F., “Enfin la société européenne «la SE»”, ya cit., pág. 75.

organizaciones sindicales y empresariales habían solicitado a la Comisión la creación de una SE³²⁹.

A pesar de las demandas de la industria y de las organizaciones sindicales, y de las manifestaciones de la Comisión, en torno a la necesidad de contar con un estatuto de SE que permitiera a las empresas europeas ganar en eficacia y competitividad y, en definitiva, lograr la plena realización del Mercado Interior, el estatuto de SE seguía bloqueado, principalmente, como consecuencia de las diferencias de opinión en materia de participación de los trabajadores en el seno de la SE. Sin duda, la resolución de este problema iba a dejar expedita la vía para la aprobación del estatuto de SE.

2. RÉGIMEN MULTIFORME DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES. EL INFORME *DAVIGNON*

El 14 de noviembre de 1995, y con el fin de retomar el tema relativo a la participación de los trabajadores, la Comisión aprobó una comunicación sobre información y consulta de los trabajadores³³⁰ en la que propuso diversas opciones, y solicitó la opinión del Consejo, del Parlamento Europeo, del Comité Económico y Social y de los agentes sociales sobre dicha propuesta.

Las diferentes opciones propuestas eran tres:

- La primera consistía en la adopción de un nuevo marco comunitario para la información y consulta de los trabajadores a nivel nacional.
- La segunda se basaba en la aplicación del mecanismo relativo al Comité de empresa europeo previsto en la Directiva.
- La tercera preveía la creación de un grupo de expertos que estudiara los problemas planteados y buscara una solución factible (esta opción tuvo como base las peticiones específicas de diversos participantes en los debates que siguieron a la comunicación de la Comisión).

Finalmente, se creó un grupo de expertos de alto nivel bajo la presidencia de Etienne Davignon³³¹. En mayo de 1997 este grupo presentó sus conclusiones en un informe que es conocido como el “informe *Davignon*”³³². Este informe ponía de manifiesto el interés que la creación de un tipo societario como la SE tenía para:

- La realización del Mercado Interior.

³²⁹ Sobre este tema puede, también, consultarse: ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C. *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 33; MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA GARCÍA DE DUEÑAS, A. “La Sociedad Europea: Un régimen fragmentario con intención armonizadora”, ya cit., pág. 21; GARCÍA RUESTRA, M., “La sociedad anónima Europea”, ya cit., pág. 13 y BLANQUET, F., “Enfin la société européenne «la SE»”, ya cit., págs. 74-75.

³³⁰ COM (95) 0547 final. Esta comunicación también puede consultarse en la pág. web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1995:0547:FIN:ES:PDF>.

³³¹ El grupo de expertos que se creó sobre “sistemas europeos de implicación de los trabajadores”, fue presidido por Etienne Davignon, presidente de la *Société Générale de Belgique*, y antiguo Vicepresidente de la Comisión; además, participaban en el grupo los funcionarios de la Comisión encargados del Reglamento y de la Directiva, procedentes de las Direcciones Generales de Mercado Interior y Empleo y de Asuntos Sociales, respectivamente; Mr. Erns Breit, de la Confederación Europea de Sindicatos y Mr. Rolf Thüsing, vicepresidente de la UNICE *social affairs committee*.

³³² El denominado informe *Davignon* puede consultarse en la siguiente pág. web: http://translate.google.es/translate?hl=es&sl=en&tl=es&u=http%3A%2F%2Fwww.juridix.net%2Fsoc%2Frapport_davignon_en.html.

- La inminente creación de la unión económica y monetaria.
- Avanzar en el proceso de internacionalización y concentración de las empresas, con la posibilidad de acudir a un mercado más amplio en demanda de capital.
- Paliar las diferencias entre la realidad económica y la realidad jurídica de las sociedades de dimensión europea y, con ello, los problemas que tal desfase generaba, especialmente, en materia fiscal y en la toma de decisiones empresariales.

En las conclusiones de dicho informe se proponía renunciar a un régimen uniforme de implicación de los trabajadores en la SE³³³ y se ofrecía una solución alternativa en base a dar prioridad a la negociación entre las partes afectadas³³⁴, estableciendo, a su vez, una serie de disposiciones subsidiarias obligatorias³³⁵ que determinaban el régimen aplicable cuando las partes implicadas no consiguieran alcanzar un acuerdo.

Las conclusiones del informe *Davignon* permitieron desbloquear el dossier de la SE y sirvieron de base para negociaciones posteriores, a pesar de que el tratamiento dispensado a la materia relativa a la participación obligatoria de los trabajadores no satisfizo completamente a ninguno de los Estados miembros.

En efecto, siete Estados miembros, con Alemania a la cabeza, lo rechazaron, puesto que les parecía insuficiente la solución ofrecida por el informe, ya que era muy pequeña comparativamente con la prevista en su ordenamiento jurídico que, a estos efectos, preveía el derecho de los trabajadores a designar la mitad de los miembros del órgano social. Sin embargo, para los ocho Estados sin tradición en la implicación de los trabajadores en la gestión y que, por tanto, no contaban en sus ordenamientos jurídicos con tal sistema, resultaba injusto el carácter obligatorio de la participación, aunque estuviera suavizado por el procedimiento negociado para su determinación.

A. LA FÓRMULA ANTES-DESPUÉS

En 1998, durante la presidencia británica, el Consejo del Mercado del Interior³³⁶ halló una solución que consiguió el voto favorable de catorce Estados miembros, consistente en el llamado sistema “antes-después”. En base al principio de respeto a los derechos

³³³ El grupo quedó sorprendido por la diversidad de modelos nacionales de información, consulta y participación de los trabajadores existentes en los Estados miembros, representativos de la diversidad de culturas y ordenamientos de difícil armonización.

³³⁴ La función primordial de la norma comunitaria sería la de organizar el proceso de negociación. De esta forma, se podría llegar a una solución negociada en consonancia con la diversidad legislativa y cultural de los Estados miembros. El proceso de negociación debería de ser equilibrado, de forma que cada una de las partes pudiera determinar sus intereses, pero sin que ninguna de ellas pudiera poner obstáculos innecesarios a la creación de la SE.

³³⁵ Denominadas medidas de referencia que cubrían los umbrales de la información y consulta, pero también, de participación en los órganos de gestión.

Concretamente en la conclusión tercera de la opinión vertida por Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos, que se adjuntaba al informe de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, sobre el informe final del Grupo de expertos. “Sistemas europeos de participación de los trabajadores” (informe *Davignon*) (C4-0455/97), se “subraya particularmente el hecho de que el Grupo *Davignon* dé prioridad a una solución negociada y, en su defecto, a la definición de disposiciones de referencia en el caso de que la negociación no tuviera éxito. Estas disposiciones de referencia afectan a «la información y la consulta», por una parte, y a la participación de los trabajadores en el Consejo de administración o de vigilancia, según los casos, por otra”. El citado informe puede consultarse en la siguiente pág. web:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A4-1997-0354+0+DOC+PDF+V0//ES>.

³³⁶ Presidido por Lord Simon of Highbury Secretario de Estado del Tesoro y del Ministerio de Comercio e Industria encargado del Comercio y Competitividad en Europa.

adquiridos, se proponía adoptar una solución partiendo de los derechos que los trabajadores tenían con anterioridad a la constitución de la SE; por tanto, si con anterioridad a la constitución de la SE, no tenían derecho de participación en la empresa, no era necesario constituir dicho derecho; en cambio, si existía ese derecho de participación, debía ser respetado. Aceptada esta solución, solo quedaba determinar los correspondientes porcentajes de trabajadores con derechos de participación.

Hubo acuerdo de los quince Estados miembros en exigir la mayoría cuando lo que se pretendía era constituir una *SE-holding* o una *SE-filial*, dado que estas operaciones no implicaban la desaparición de las sociedades constituyentes de la SE y, por tanto, los trabajadores seguirían contando con los cauces de participación existentes en su sociedad originaria.

El problema surgió en los supuestos de constitución de una SE por fusión, ya que en este caso se producía la desaparición de las sociedades constituyentes, integrándose los trabajadores en una nueva sociedad con un nuevo estatuto. Las soluciones propuestas por los Estados miembros fueron diversas. Algunos Estados miembros, entre los que se encontraba Alemania seguida por Austria, Dinamarca, Finlandia, Holanda, Luxemburgo y Suecia, consideraron que se debía reforzar la protección de los trabajadores exigiendo un porcentaje inferior (veinticinco por ciento)³³⁷. Sin embargo, para otros Estados, en particular para España³³⁸, que vetó la propuesta, resultaba inaceptable que una minoría de trabajadores impusiese su sistema de participación a la mayoría³³⁹.

V. FIN DEL BLOQUEO. EL COMPROMISO POLÍTICO DE NIZA

En diciembre de 1998, catorce Estados miembros estaban de acuerdo en cuanto a qué porcentaje de trabajadores con derechos de participación debía de aplicarse en los supuestos de fusión de sociedades, pero España mantuvo el bloqueo. En la Cumbre de Colonia, que tuvo lugar en abril de 1999, se realizó un nuevo intento para conseguir la aprobación del Reglamento y de la Directiva relativa a la SE, pero España siguió resistiéndose y mantuvo su veto hasta el Consejo Europeo de Niza que se celebró los días 7, 8 y 9 de diciembre de 2000.

El ministro alemán, Walter Riester, subrayó que si no se tomaba rápidamente una decisión las fusiones se multiplicarían siguiendo sus propias reglas y que, estando próxima la consecución de un acuerdo, no se debía correr el riesgo de dejarse desbordar por los acontecimientos. En este sentido, se multiplicaron los esfuerzos en aras a conseguir que España desbloqueara la situación.

En el Consejo de Empleo y Política Social, que tuvo lugar en Bruselas los días 27 y 28 de noviembre de 2000, la Presidenta Élisabeth Guigou, en relación con la Directiva concerniente a la implicación de los trabajadores en la SE, declaró que si las negociaciones no llegaban a buen término antes de la Cumbre de Niza se volvería a tratar el tema por los Jefes de Estado y de Gobierno con la esperanza de llegar a un acuerdo. También manifestó

³³⁷ Para amparar los derechos adquiridos por los trabajadores, que sí contaban con un régimen de participación, exigían que el porcentaje no fuera muy elevado (el veinticinco por ciento) y, por tanto, fácil de conseguir. Véase MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA GARCÍA DE DUEÑAS, A., “La Sociedad Europea: Un régimen fragmentario con intención armonizadora”, ya cit., pág. 23; GARCÍA RIESTRA, M., “La sociedad anónima Europea”, ya cit., pág. 15 y BLANQUET, F., “Enfin la société européenne «la SE»”, ya cit., pág. 77.

³³⁸ La postura española fue secundada, en un principio, por otros Estados miembros, entre ellos por Francia, pero el 2 de diciembre de 1998 catorce Estados miembros estaban de acuerdo en fijar un porcentaje en torno al veinticinco por ciento para los supuestos de fusión; sólo España sostuvo su postura, manteniendo el veto durante dos años más, hasta el Consejo Europeo de Niza celebrado los días 7 y 8 de diciembre de 2000.

³³⁹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “El reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, ya cit., págs. 10-11.

que Francia y España mantenían un constante cambio de impresiones y un compromiso de llegar a un acuerdo, en base a diversas soluciones que habían examinado, sin cuestionar el acuerdo alcanzado por los catorce Estados miembros³⁴⁰.

En el *Bulletin Quotidien Europe* se recogieron diversas informaciones en torno al problema suscitado por la oposición española y por ende, en lo concerniente a la aprobación del Reglamento y Directiva relativos a la SE. En dicha publicación pueden leerse las siguientes noticias concernientes al bloqueo del dossier de la SE:

- “La posición de los ministros de empleo y política social de la Unión no ha cambiado en cuanto al dossier de la implicación de los trabajadores en la SE, la Presidenta del Consejo, Mme. Élisabeth Guigou, ha presentado las conclusiones de la presidencia, que han sido adoptadas por el Consejo, manifestando su intención de poner todos los medios posibles para conseguir un acuerdo antes del Consejo europeo de Niza”.

La noticia destacaba que el Consejo se mostró unánime en la decisión de buscar una solución para desbloquear este dossier, puesto que consideraba que constituía un elemento esencial para la finalización del Mercado Interior y contribuía a dar un paso más, en aras a reforzar la implicación de los trabajadores. Teniendo en cuenta la diversidad de culturas de los Estados miembros en esta materia, se había dado prioridad a la negociación entre las partes afectadas. Si bien, y con el fin de vencer las reticencias de España, los ministros apuntaban, como una de las soluciones posibles para solventar este problema, otorgar a los Estados miembros la posibilidad de optar entre transponer o no transponer a sus Derechos nacionales las disposiciones de referencia relativas a la participación de los trabajadores. Los ministros proseguirían esforzándose para hallar una solución aceptable, si no fuera posible en el Consejo de Niza se determinarían las bases de un compromiso que fuera aceptado por los quince Estados miembros³⁴¹.

- “Sobre el estatuto de la SE, los quince se limitaron a tomar nota de las evoluciones del dossier de acuerdo con las informaciones del Consejo de Empleo y Política Social de 28 de noviembre. Los contactos bilaterales con España continuaran hasta la Cumbre de Niza”.

Según manifestó M. Moscovici³⁴², “El Presidente Chirac estará el miércoles con José María Aznar, y esperamos poder llegar a una solución durante la presidencia francesa”³⁴³.

1. EL CONSEJO EUROPEO DE NIZA

Los días 7, 8 y 9 de diciembre de 2000, se celebró el Consejo Europeo de Niza³⁴⁴ y, en dicho Consejo, se alcanzó un acuerdo político³⁴⁵ que permitió desbloquear la propuesta

³⁴⁰ *Bulletin Quotidien Europe*, número 7.851 de 29 de noviembre de 2000, pág. 7, y *Bulletin Quotidien Europe*, número 7.852 de 30 de noviembre de 2000, pág. 8.

³⁴¹ *Bulletin Quotidien Europe*, número 7.853 de 1 de diciembre de 2000, pág. 8.

³⁴² Ministro francés de Asuntos Europeos.

³⁴³ *Bulletin Quotidien Europe*, número 7.854 de 2 de diciembre de 2000, pág. 10.

³⁴⁴ A pesar de los contactos entre España y Francia, en aras a conseguir un acuerdo que permitiera desbloquear la propuesta, España mantuvo su postura hasta la Cumbre de Niza, donde se desbloqueó la situación, a cambio de importantes subsidios para la flota pesquera española. Véase GARCÍA RIESTRA, M., “La sociedad anónima Europea”, ya cit., pág. 15 y NAVALES, C., “La sociedad anónima europea (1966 – 2005)”, ya cit., pág. 9.

³⁴⁵ Tal y como recoge ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C. *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 34: “la SE debía ser, como ya anunciara la Comisión de 1988, el resultado de un compromiso político.

de Directiva que complementaba el estatuto de la SE, dejando, de este modo, vía libre a la aprobación del Reglamento de estatuto de la SE con la Directiva complementaria³⁴⁶.

En el punto 22 de las conclusiones de la Presidencia de dicho Consejo se recogía: “El Consejo Europeo expresa su satisfacción por el acuerdo alcanzado en torno a los aspectos sociales de la SE. Este acuerdo, que tiene en cuenta las diversas situaciones que se registran en los Estados miembros en materia de relaciones sociales, otorgará a éstos la facultad de incorporar o no a su Derecho nacional las disposiciones de referencia sobre participación aplicables a las SE constituidas mediante fusión. Para que una SE pueda ser registrada en un Estado miembro que no haya incorporado a su Derecho nacional estas disposiciones de referencia, será preciso que se haya celebrado un acuerdo sobre las modalidades de la implicación de los trabajadores, incluida la participación, o que ninguna de las sociedades participantes haya estado sometida a normas de participación con anterioridad al registro de la SE³⁴⁷. Sobre esta base, el Consejo Europeo invita a ultimar los textos que permitan crear el estatuto de la SE antes de que finalice el año”³⁴⁸.

El COREPER, con el fin de dar forma al acuerdo político del Consejo de Niza, incluyó un nuevo punto 3 en el artículo 7 de la Directiva³⁴⁹, revisó el texto del Reglamento y redujo su articulado, modificando, además, la fundamentación jurídica, recuperando la base de fundamentación de los Proyectos de 1970 y 1975³⁵⁰; en virtud de dicha base jurídica sólo se exigía la consulta al Parlamento Europeo para que se pronunciara sobre los textos, pero no su aprobación.

Niza creo el clima adecuado para lograr ese compromiso, con todos los focos de la opinión pública pendientes del Consejo Europeo y cuestionando la capacidad de los Estados miembros para llegar a acuerdos en el seno de la UE”. Por su parte, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas”, ya cit., pág. 24, señala: “Niza 2000 es importante en la medida en que ha hecho posible un compromiso pragmático, gracias al cual se han eliminado algunos obstáculos a la libertad de establecimiento –no todos, y probablemente ni siquiera los más importantes-, cuya simple existencia venía amenazando la integración jurídica, hasta hacer sencillamente insoportable el objetivo de un mercado único en la Europa comunitaria”.

³⁴⁶ Tal y como recoge el *Bulletin Quotidien Europe*, número 7.860 de 10 de diciembre de 2000, pág. 8, la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno pudo “felicitar del acuerdo alcanzado sobre la cuestión social de la SE”.

³⁴⁷ En este sentido, el último párrafo del apartado b) de la parte 3, del Anexo de las disposiciones de referencia de la Directiva determina: “si ninguna de las sociedades participantes estuviera regida por las normas de participación antes de la inscripción de la SE, ésta no estará obligada a establecer disposiciones en materia de participación de los trabajadores”.

³⁴⁸ En relación con el Consejo de Niza y sus conclusiones, puede consultarse: *Bulletin Quotidien Europe*, número 7.859 de 9 de diciembre de 2000, págs. 7 y 8, y *Bulletin Quotidien Europe*, número 7.860 de 10 de diciembre de 2000, pág. 8.

³⁴⁹ Este apartado se añadió precisamente en función de lo previsto en el punto 22 de las conclusiones de la presidencia del Consejo, con el fin de otorgar a los Estados miembros “la facultad de incorporar o no a su Derecho nacional las disposiciones de referencia sobre participación aplicables a las SE constituidas mediante fusión”.

³⁵⁰ En efecto, según lo previsto en el artículo 308 del TCE (antiguo artículo 235 del TCEE –actual artículo 352.1 del Tratado de funcionamiento de la UE–), “cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del Mercado Común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”. Ahora bien, quiero señalar que a tenor de lo previsto en el actual artículo 352.1 del Tratado de funcionamiento de la UE se requiere en estos supuestos la aprobación del Parlamento Europeo. De hecho el citado artículo 352.1 recoge, literalmente, que “cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo”.

El 20 de diciembre de 2000³⁵¹ se convocó, por Élisabeth Guigou³⁵², un Consejo especial para realizar la revisión propuesta, que pasó para su aprobación como punto B (sometido a debate) al orden del día del Consejo, en su formación de Ministros de Empleo y Política Social. En este Consejo especial se aprobaron, por unanimidad, tanto el texto del Reglamento, como de la Directiva, “en uno de los consejos más cortos de la historia, después de la gestación más larga”³⁵³. Ambos textos, fueron remitidos al Parlamento Europeo a fin de seguir el trámite de consulta previa a esta institución³⁵⁴.

En junio de 2001, la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado del Interior del Parlamento Europeo presentó su informe, dicho informe proponía introducir varios cambios:

- Elevar el capital mínimo a 120.000 Euros.
- Adoptar, una vez transcurrido el periodo de transición acordado a efectos de adaptación de las legislaciones nacionales, las pertinentes disposiciones fiscales de acompañamiento.
- Posibilitar que las empresas de los Estados miembros, que hubieran adaptado sus legislaciones antes de la conclusión de período transitorio, pudieran hacer uso de esta nueva forma jurídica, aunque no hubiera vencido dicho período.
- En cuanto a la base jurídica, se encomendaba al Consejo que aprobara los textos a la mayor brevedad posible en base al artículo 308, si bien el Parlamento se reservaba el derecho, una vez aprobados por el Consejo, de plantear ante el TJCE una acción de verificación de la base jurídica³⁵⁵.

³⁵¹ Bol. CE 12, 2000, punto 1.3.35, que hace referencia a los “acuerdos políticos con vistas a una posición común del Consejo de Empleo y Política Social, el 20 de diciembre” y recuerda que “estos acuerdos políticos han venido a lograrse treinta años después de la primera propuesta de la Comisión sobre este asunto, el estatuto de la SE...”.

³⁵² Información recogida por: *Bulletin Quotidien Europe*, número 7.863 de 14 de diciembre de 2000, págs. 7: “Mme. Guigou a précisé que’elle a convoqué un Conseil social extraordinaire, mercredi prochain 20 décembre, pour «finaliser l’accord sur la société européenne concernat la directive sur la consultation et l’information des travailleurs»”.

³⁵³ BLANQUET, F., “Enfin la société européenne «la SE»”, ya cit., pág. 78.

El *Bulletin Quotidien Europe*, número 7.867 de 20 de diciembre de 2000, pág. 6, dio cuenta de que el Consejo extraordinario debía de formalizar el acuerdo político de Niza sobre el estatuto de SE y sobre la Directiva relativa a la implicación de los trabajadores. En el *Bulletin Quotidien Europe*, número 7.868 de 21 de diciembre de 2000, pág. 9, se informaba sobre la finalización del acuerdo político mediante la aprobación por unanimidad del estatuto de SE y de la Directiva, se indicaba que ambos textos, en su versión definitiva, serían sometidos a la consulta del Parlamento y se esperaba lograr que fueran definitivamente aprobados a principios del año 2001 y pudieran entrar en vigor en el año 2004. Según declaraciones de Mme. Guigou: “la Europa social ha experimentado notables progresos gracias a los esfuerzos de las presidencias luxemburguesa, portuguesa y francesa. Se encuentra ahora situada en los primeros lugares de la agenda europea, con una ruta marcada que controlara la Comisión. Estamos situados en la vía adecuada para que los temas sociales obtengan el mismo estatus que los económicos”. Por otra parte Mme. Diamantopoulou (representante de la Comisión) subrayó que la decisión de este miércoles (la aprobación por el Consejo del estatuto de SE y de la Directiva) “es simplemente un gran éxito que corresponde a las necesidades actuales de la UE y del Mercado Interior”.

³⁵⁴ Aunque la opinión del Parlamento no era vinculante, puesto que el fundamento jurídico en que se basaron ambos textos fue el artículo 308 del TCE (actual artículo 352.1 del Tratado de funcionamiento de la UE): “cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del Mercado Común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”.

³⁵⁵ Finalmente, el Parlamento Europeo tuvo en cuenta la naturaleza política de los textos y decidió no acudir al TJCE, no siguiendo, por tanto, la recomendación de la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado del Interior.

El Parlamento Europeo aprobó el informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado del Interior el 4 de septiembre de 2001 e introdujo enmiendas sobre la fiscalidad, la constitución y registro y, sobre la organización interna de la SE³⁵⁶.

El Consejo, después de examinar las enmiendas formuladas por el Parlamento Europeo, decidió no acogerlas y en la sesión celebrada el 8 de octubre de 2001 adoptó, formalmente, el Reglamento (CE) 2157/2001, por el que se aprobó el estatuto de la SE y la Directiva 2001/86/CE, por la que se complementa el estatuto de la SE en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

2. LA APROBACIÓN DEL ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA Y DE LA DIRECTIVA QUE REGULA LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES.

El compromiso político de Niza propició que por fin se aprobaran definitivamente, a finales de 2001³⁵⁷, el Reglamento del estatuto de la SE y la correspondiente Directiva. No obstante, su articulado sufrió una nueva reducción quedando en 70 artículos, presentándose como un texto con escasa sustancia propia y con constantes remisiones a los distintos Derechos nacionales de los Estados miembros donde la sociedad tenga establecido su domicilio. Lejos quedaron las viejas aspiraciones de establecer un estatuto de la SE de carácter exhaustivo, cerrado, de aplicación e interpretación uniforme en todos los Estados miembros, en fin, un verdadero código de sociedades europeo³⁵⁸.

En cuanto a su fundamentación jurídica se volvió al artículo 235 TCEE (308 TCE – actual artículo 352.1 del Tratado de funcionamiento de la UE–). Esta solución permitía eludir el mecanismo de codecisión del Parlamento. Aunque éste tenía derecho a ser consultado, las modificaciones que introdujera quedaban siempre a expensas de su aceptación por el Consejo. El Parlamento Europeo, en un principio, reivindicó más control a través del proceso de codecisión (artículos 95 y 251 del TCE para el Reglamento y artículo 137.3 del TCE para la Directiva), reservándose el derecho de someter la cuestión relativa a la fundamentación jurídica al TJCE., sin embargo, a posteriori, reconoció la naturaleza política del Reglamento y decidió no plantear el recurso³⁵⁹.

³⁵⁶ Véase GARCÍA RIESTRA, M., “La sociedad anónima Europea”, ya cit., pág. 17; ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, ya cit., pág. 144 y, MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA GARCÍA DE DUEÑAS, A., “La Sociedad Europea: Un régimen fragmentario con intención armonizadora”, ya cit., pág. 23.

³⁵⁷ El Consejo, en la sesión de 8 de octubre de 2001, adoptó formalmente el Reglamento (CE) 2157/2001, por el que se aprobó el estatuto de la SE y la Directiva 2001/86/CE, por la que se complementa el estatuto de la SE en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. Ambos textos se publicaron en el DOCE, Serie L, 294, de 10 de noviembre de 2001. El RESE, según establece su artículo 70, entró en vigor el 8 de octubre de 2004. Sin embargo, la Directiva, según lo dispuesto en su artículo 16, entró en vigor el mismo día de su publicación y, según lo previsto en el artículo 14 de la misma, los Estados miembros debían de adoptar las disposiciones normativas y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo previsto en la Directiva antes de la entrada en vigor del RESE.

³⁵⁸ En este sentido FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas”, ya cit., pág. 23, señala: “bien es verdad que a lo largo de este proceso el legislador comunitario se ha visto obligado a renunciar a buena parte de sus objetivos originarios a favor de un estatuto jurídico unitario y totalizador de la SE. Lo que hoy tenemos no pasa de ser una isla de Derecho europeo en el agua de los Derechos nacionales circundantes”. Por su parte, SYNVET, H., “Enfin la société européenne?”, *Revue trimestrelle de droit européen*, número 26-2, abril-junio 1990, pág. 258, recoge: “el Reglamento comunitario se limita, por tanto, a proporcionar el tema y, en torno a él, las legislaciones nacionales introducen variaciones”.

³⁵⁹ Véase GARCÍA RIESTRA, M., “La sociedad anónima Europea”, ya cit., pág. 16 y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “El reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, ya cit., pág. 11.

A este respecto la literatura jurídica ha defendido la posición del Consejo (aunque por referencia al Proyecto de 1991), al considerar que el Reglamento del estatuto de SE no contiene medidas de aproximación de los Derechos nacionales, tal y como exige el artículo 95.1 del TCE, sino que va más allá: crea un nuevo tipo societario distinto de los tipos nacionales. Por lo que respecta a la Directiva, considera que tampoco encuentra su fundamento en el artículo 44.2.g del TCE, ya que por un lado, la SE no debe considerarse como una sociedad constituida conforme a un Derecho nacional (sociedades a las que hace referencia el artículo 44.2.g por remisión al 48 del TCE) y por otro lado, los trabajadores, cuando ejercen derechos de participación societaria, no son los terceros a los que se refiere el artículo 44.2.g del TCE³⁶⁰.

³⁶⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “El reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, ya cit., pág. 11.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES: LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO Y LA CREACIÓN DE NUEVOS TIPOS SOCIETARIOS

I. EL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES

La necesidad de elaborar un Derecho europeo de sociedades surge como consecuencia de la creación de la CEE y de los fines propuestos por dicha institución. Efectivamente, para llevar a cabo un proceso de integración en el campo económico, que conlleve el establecimiento de un Mercado Común en el territorio comunitario, es necesario dotar a los operadores económicos de los medios jurídicos adecuados a tales efectos, máxime, si se tiene en cuenta que son precisamente las personas jurídicas (*fictio iuris*), normalmente las sociedades, las más interesadas en operar en el ámbito comunitario y que, sin embargo, estos entes deben su existencia a la regulación y reconocimiento que les otorgan los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, regulación que es diferente según el Estado miembro de que se trate, ofreciendo el panorama comunitario una amplia diversidad legislativa en esta materia³⁶¹.

El profesor Sanders, en la conferencia pronunciada en el Instituto de Estudios Económicos de Rotterdam, el 22 de octubre de 1959, ya adelantó que, para llevar a cabo el proceso de integración económica y garantizar un debido funcionamiento del Mercado Común, era necesario construir un auténtico Derecho europeo de sociedades que facilitara la fusión de empresas de diferente nacionalidad evitando, con la aplicación de esta normativa europea, el tener que escoger entre los ordenamientos jurídicos nacionales, con los consiguientes efectos negativos, tanto de carácter psicológico, como de orden jurídico, que una elección de este tipo implicaba.

El Tratado de Roma preveía la acción de la Comunidad para llevar a cabo la aproximación de las diversas legislaciones nacionales, en la medida necesaria para el funcionamiento del Mercado Común³⁶², mediante directivas³⁶³. Contenía, también, otras

³⁶¹ En palabras de EMBID IRUJO, J. M., “Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de sociedades en la Unión Europea”, ya cit., pág. 15: “la idea de postular la existencia de un «Derecho europeo de sociedades», más allá de los ordenamientos jurídicos de los países integrantes de la Unión, si bien profundamente relacionado con ellos, constituye uno de los elementos más característicos del proceso de integración jurídica europea. Ello se debe, en lo esencial, al estrecho vínculo existente entre la construcción del Mercado Interior y la regulación jurídica, a esa escala, de las sociedades, como principales operadores económicos del mismo”.

³⁶² Así, el artículo 3.1. h) del Tratado de Roma establecía: “para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado: ... h) la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del Mercado Común”.

³⁶³ Según lo dispuesto en el artículo 100 del Tratado de Roma: “el Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del Mercado Común”. Tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las Sociedades Anónimas. Derecho Europeo y Reforma del Derecho Español*, ya cit., págs. 352-354, “la directriz se ha acreditado como el instrumento más importante para llevar a cabo la armonización de legislaciones en sentido estricto. Su especificidad mayor reside en constituir un procedimiento legislativo de doble fase: en primer lugar es aprobada por las instancias

disposiciones relativas al derecho de establecimiento, el reconocimiento recíproco de sociedades, el mantenimiento de la personalidad en caso de traslado de la sede de un país a otro y a la posibilidad de fusionar sociedades sometidas a legislaciones diferentes³⁶⁴. Ahora bien, las disposiciones referenciadas eran problemáticas, tanto a nivel jurídico, como práctico y, además, resultaban ambiguas y de difícil aplicación.

En consecuencia, considero que la idea de elaborar un marco jurídico de las sociedades lo suficientemente homogéneo, que propicie la libertad de establecimiento y de movilidad plena en el territorio comunitario de estas personas jurídicas, así como la posibilidad de llevar a cabo operaciones de reestructuración y concentración de carácter transfronterizo, ha estado presente desde la constitución de la CEE³⁶⁵ y ha contribuido a la creación de un Derecho europeo de sociedades que, indudablemente, ha experimentado cambios en su concepción, tanto en función de la evolución de la propia UE y de sus instituciones, como de las circunstancias sociales, políticas y económicas que han venido sucediéndose a nivel mundial.

comunitarias y vincula a los Estados miembros a partir de su notificación y, en un momento ulterior, en cumplimiento de esa obligación, las instancias nacionales deberán llevar a cabo la ejecución de la directriz, a través de las correspondientes disposiciones legales adaptando su legislación a las exigencias de aquella. La directriz vincula «en cuanto a los resultados a alcanzar», pero deja «sin embargo, la elección de la forma y los medios a los Estados miembros». Con esta caracterización los autores del Tratado, sin duda, trataron de buscar una vía intermedia para regular las competencias entre los Estados miembros y la Comunidad y, al mismo tiempo, un instrumento sensible a la complejidad de las materias objeto de regulación y al distinto estadio de los ordenamientos nacionales, en función de su tradición y evolución socioeconómica... Finalmente hay que señalar que las directrices no sólo obligan a los Estados miembros a introducir en su ordenamiento las modificaciones correspondientes a los objetivos de aquéllas, sino a mantener en el futuro el *statu quo* resultado de la armonización, es decir a no alterar la situación jurídica que surge del proceso de armonización”.

³⁶⁴ Lo cierto es que los artículos 52, 54, 58 y 220 del TCEE regulaban el derecho de establecimiento y prohibían las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, proponiendo la vía de la armonización societaria. En el artículo 54.3.g) se mencionaba, expresamente, la “coordinación, en la medida necesaria y con el fin de hacerlas equivalentes, las garantías que se exijan en los Estados miembros a las sociedades en el sentido del artículo 58.2 para proteger los intereses de socios y terceros”. Por otra parte, el artículo 220 disponía que los Estados miembros entablaran negociaciones a fin de asegurar “el reconocimiento de las sociedades definidas en el artículo 58, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes”. Se trataba de conseguir por medio de la adopción de Convenios entre los Estados miembros, el reconocimiento recíproco de las sociedades nacionales y la creación de posibilidades jurídicas para que las sociedades nacionales pudieran fusionarse y desplazar su domicilio más allá de las fronteras estatales.

³⁶⁵ Tal y como recoge QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El Derecho de sociedades en la Unión Europea: Evolución y situación actual”, (conferencia de clausura del III Congreso argentino-español de Derecho mercantil), *El derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 673-674: “Fijado como objetivo básico del Tratado fundacional de 1957 la consecución de un Mercado Común, es explicable que se pretendiera desde el principio poner en marcha iniciativas que contribuyeran a ese objetivo por las dos vías más significativas y eficaces: creando condiciones que facilitarían el intercambio económico y la libre circulación entre los países miembros; armonizando los instrumentos jurídicos utilizados para organizar y desarrollar las iniciativas económicas, especialmente aquellos que, sin perjuicio de diferencias de más o menos calado, gozan de una base común por ser conocidos y estar regulados en los distintos ordenamientos. Esas circunstancias concurren, y de forma intensa, en el caso de las sociedades mercantiles: son instrumento común para organizar y desarrollar la iniciativa económico- empresarial; la tipología es sustancialmente homogénea en los diversos ordenamientos nacionales; la armonización de su régimen jurídico facilita la libre circulación; constituyen, en fin, banco de pruebas preferente para verificar los avances de la libertad de establecimiento aplicada a las personas jurídicas. No es extraño, pues que el propio Tratado fundacional contuviera conceptos y mandatos relacionados con las sociedades, anticipando esas intenciones y poniendo en marcha un proceso armonizador de singulares características”.

Dos son los instrumentos que ha utilizado la Comisión para elaborar un cuerpo jurídico europeo de sociedades³⁶⁶, ya demandado en 1959 por Pieter Sanders:

- La vía prevista en el Tratado de Roma (vía clásica), consistente en hacer equivalentes las diversas legislaciones nacionales mediante la coordinación de los varios Derechos de sociedades de los Estados miembros, a través de directivas³⁶⁷.
- La creación de nuevos tipos societarios europeos como la AEIE, la SE, la SCE, etc.³⁶⁸.

Con la primera vía se pretende situar a los operadores económicos ante circunstancias jurídicas similares, con independencia del país de la Unión en que actúen; con la segunda, se intenta facilitar el ejercicio de la actividad económica a todo el territorio de la Unión, mediante un determinado tipo de sociedad de ámbito europeo³⁶⁹.

Cabe señalar una tercera fuente de expresión normativa dentro del marco del Derecho europeo de sociedades, mediante la utilización de las Recomendaciones; este instrumento, que no fue significativo en épocas anteriores, ha adquirido una progresiva importancia en nuestro tiempo³⁷⁰. Dentro de estas Recomendaciones debo reseñar la relativa a la remuneración de los consejeros de sociedades cotizadas, de 14 de diciembre de 2004³⁷¹

³⁶⁶ Como expone REBOLLO ÁLVAREZ, J. L., “Intentos de superación de la armonización legislativa en materia de derecho de sociedades: La sociedad europea”, *Boletín de información sobre las Comunidades Europeas*, número 37, enero-febrero 1992, pág. 23: “podemos considerar como punto de partida que el método de la Comisión en materia de Derecho de Sociedades ha sido doble: por una parte, coordinando los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en la materia, al objeto de hacerlos equivalentes. En este sentido, la Comisión ha venido proponiendo gran número de Directivas, muchas de las cuales se han finalmente aprobado; por la otra, la Comisión ha intentado abrir el proceso legislativo de la Comunidad en orden a la aprobación de un Estatuto de la Sociedad Europea, al objeto de que, facultativamente, las sociedades de los distintos Estados miembros pudiesen agruparse de forma estructural (y no simplemente mediante un intercambio de acciones) al objeto de aumentar la competitividad de Europa respecto de las grandes empresas japonesas y norteamericanas. También en este sentido está aprobado y en vigor el Reglamento sobre la Agrupación Europea de interés económico (1989)”. En similares términos se pronuncian EMBID IRUJO, J. M., “Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de sociedades en la Unión Europea”, ya cit., pág. 15 y VALLÉE, T., *La Société Anonyme Européenne*” ya cit., pág. 8, donde recoge que la Comisión ha utilizado dos métodos: la coordinación de los derechos internos, a fin de lograr la equivalencia entre las diversas legislaciones nacionales y la creación de un tipo de sociedad transnacional, independiente de los Derechos nacionales, que pueda concentrar importantes activos que le permitan competir con las empresas americanas y japonesas.

³⁶⁷ Esta vía, tal y como recogen MORILLAS JARILLO, M. J. y GRECHENIG, K., “La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español”, *Revista de Derecho de los Negocios*, número 145, octubre 2002, pág. 2: “...es una tarea de largo alcance en razón de su carácter necesariamente perfeccionista. En ocasiones coronada por el éxito (por ejemplo, la armonización contable) parece que es la que marca el ritmo; por lo demás, da la impresión de que no entra como elemento decisivo en las estrategias internacionales de las grandes empresas”.

³⁶⁸ La AEIE se aprobó mediante el Reglamento 2137/85, de 25 de julio de 1985 y fue incorporada al Derecho español, mediante la Ley de 29 de abril de 1991, que sustituyó a las de agrupaciones de empresas de 1963 y 1982; la SE se aprobó mediante el Reglamento 2157/2001, de 8 de octubre de 2001; la SCE mediante el Reglamento 1435/2003, de 22 de julio de 2003; otras propuestas como son la Sociedad Privada Europea, la Cooperativa, Mutua o Asociación Europeas siguen pendientes de aprobación.

³⁶⁹ EMBID IRUJO, J. M., “Aproximación al Derecho de sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al Plan de Acción”, *Noticias de la Unión Europea*, número 252, enero 2006, pág. 6.

³⁷⁰ EMBID IRUJO, J. M., “Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de sociedades en la Unión Europea”, ya cit., pág. 32.

³⁷¹ “La Recomendación sobre retribuciones busca ante todo mayor transparencia en la materia a través de tres mecanismos: la información sobre la política a seguir por la sociedad cotizada, expresada en una declaración formal, el pronunciamiento, en votación obligatoria o consultiva, de los accionistas en Junta general, y la publicación de las remuneraciones individuales de los administradores junto con las cuentas anuales, a lo que se acompañan reglas especiales de tratamiento de las retribuciones consistentes en la atribución de acciones, opciones u otros derechos de adquisición”. QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El Derecho

y la relativa a los cometidos de los administradores no ejecutivos y de los miembros de los órganos de vigilancia de las sociedades cotizadas, así como a las comisiones del Consejo de administración, de 15 de febrero de 2005³⁷².

1. LA ARMONIZACIÓN COMUNITARIA EN DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES

La vía clásica se centra, básicamente, en la armonización de los ordenamientos nacionales mediante directivas con el fin de conseguir una afinidad jurídica sustancial, en virtud del mandato contenido en el Tratado de Roma³⁷³. Esta vía se ha utilizado, fundamentalmente, para la armonización de las legislaciones de los diversos Estados miembros en materias relativas al Derecho de sociedades³⁷⁴, predominando las directivas dirigidas, principalmente, a las sociedades anónimas o por acciones, sin duda por ser la forma más utilizada en los diversos ordenamientos jurídicos para las grandes empresas que, obviamente, tienen una mayor predisposición hacia la internacionalización de sus actividades³⁷⁵. En un principio, y hasta la década de los 80, fue la vertiente armonizadora la que predominó en la tarea de construcción del denominado Derecho europeo de sociedades.

de sociedades en la Unión Europea: Evolución y situación actual”, ya cit., pág. 694. Véase, también, DE MARTÍN MUÑOZ, A. J., “Algunas consideraciones en torno a la remuneración de los administradores de sociedades cotizadas tras la Recomendación europea de 14 de diciembre de 2004”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 57, julio-septiembre 2005, pág. 1147, en opinión de este autor “esta norma supone un paso de singular importancia dentro del impulso dado por el legislador comunitario al fenómeno del *corporate governance*, tanto por su contenido como por la exhortación que hace a los Estados miembros para lograr su pronta aplicación”, más adelante, en la pág. 1152, añade que “la política de remuneraciones es, pues, un instrumento clave de transparencia para el mercado y de seguridad para los accionistas y para los propios consejeros, ya que tiene indudable trascendencia sobre la estrategia corporativa y sobre los beneficios repartibles para los accionistas”.

³⁷² La Recomendación de administradores independientes (no ejecutivos) y comités internos “se refiere a la presencia y función de estos consejeros (equiparados a estos efectos a los miembros de los Consejos de vigilancia en los sistemas duales), así como a algunos aspectos de su régimen jurídico (nombramiento y revocación, cualificaciones, compromisos e independencia) y tiene la peculiaridad de ir acompañada de dos Anexos explicativos (uno sobre Comités, con reglas comunes y específicas para los de Nombramientos, Remuneraciones y Auditoría, y otro sobre cuestiones concretas que afectan a los administradores no ejecutivos y miembros del Consejo de vigilancia)”. QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El Derecho de sociedades en la Unión Europea: Evolución y situación actual”, ya cit., pág. 694.

³⁷³ A tenor de lo previsto en el artículo 54.3.g) del TCEE (artículo 44.2.g) del TCE –actual artículo 50.2.g) de la versión consolidada del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C83 de 30 de marzo de 2010–). Podemos considerar a este artículo como la base de la armonización societaria; como una de las funciones a desarrollar, en orden a la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, mencionaba la coordinación, textualmente decía: “coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58, para proteger los intereses de socios y terceros”.

³⁷⁴ En relación con la armonización comunitaria del Derecho de sociedades puede consultarse: GUGLIELMETTI, G., “Le direttive della Cee in materia di società e l’interpretazione dell’art. 54.3 g del trattato” *Rivista della Società*”, 1966, págs. 1013-1022; UNIKEN VENEMA, C. AE., “Coordination du droit des sociétés dans la Cee”, *Rivista della Società*”, 1966, págs. 994-1011; EMBID IRUJO, J. M., “Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de sociedades en la Unión Europea”, ya cit., págs. 15-34; QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El Derecho de sociedades en la Unión Europea: Evolución y situación actual”, ya cit., págs. 675-696.

³⁷⁵ En este mismo sentido se pronuncia EMBID IRUJO, J. M., “Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de sociedades en la Unión Europea”, ya cit., págs. 17-18, donde expresa: “ya desde los primeros tiempos se dijo que más que de un «Derecho europeo de sociedades» debería de hablarse de un «Derecho europeo de sociedades anónimas», poniendo de manifestó la preferencia de los órganos de la Unión por este tipo societario. El paso del tiempo, con todos sus significativos matices en el tema que nos ocupa, no ha hecho sino confirmar este aserto, dejando a la sociedad de responsabilidad limitada –de tan relevante difusión en numerosos países europeos– casi extramuros del proceso de armonización normativa. La irrupción, en los últimos años, de la temática del *Corporate Governance* y la creciente atención al tratamiento jurídico

En 1968³⁷⁶ se adoptó la Primera Directiva que regula la publicidad, la validez de los compromisos y la nulidad de las sociedades de capitales³⁷⁷, si bien, este proceso armonizador, se paraliza hasta 1976, año en que se adoptó la Segunda Directiva³⁷⁸, relativa a

del mercado de valores han aportado una novedad de relieve tipológico, consistente en singularizar, dentro de la sociedad anónima, el régimen de la sociedad cotizada desde una perspectiva más propia del mercado y de la tutela del inversor que de los aspectos propios del Derecho de sociedades. Se trata, no obstante, de una tendencia no plenamente consolidada que necesita de ulterior confirmación”.

³⁷⁶ Fuera del plazo establecido en el programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento (DO número 2, de 15 de enero de 1962, págs. 36-62). Efectivamente, en dicho programa, Título VI, se indicaba que: “antes de finalizar el segundo año de la segunda etapa del período transitorio, se preverá la coordinación, en la medida necesaria y con el fin de hacerlas equivalentes, de las garantías que se exijan en los Estados miembros a las sociedades para proteger los intereses, tanto de los socios como de terceros”. Para más información, sobre esta materia, puede consultarse VICIANO PASTOR, J., “La Sociedad Anónima europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la Sociedad Anónima europea domiciliada en España”, *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 33.

³⁷⁷ Primera Directiva del Consejo, de 9 de marzo de 1968 (DOCE número L 65, de 14 de marzo de 1968), tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (68/151/CEE). “En su contenido se mezclaban exigencias de forma, registro y publicidad en la fundación y modificaciones de las sociedades, junto con reglas de especial importancia en relación con la validez de de las obligaciones contraídas por las sociedades en período de formación, con las condiciones de vinculación de la sociedad por el ejercicio del poder de representación de sus órganos (principio de indeformabilidad del poder frente a terceros) y con el régimen de la nulidad de sociedades, donde se establecía un sistema de tasación de causas y limitación de efectos, origen de amplio debate y de modelos nacionales matizadamente diferenciados”. QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El Derecho de sociedades en la Unión Europea: Evolución y situación actual”, ya cit., pág. 677.

³⁷⁸ Segunda Directiva del Consejo, de 13 de diciembre de 1976 (DOCE número L 26, de 31 de enero de 1977), tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (77/91/CEE), modificada por la Directiva 2006/68/CE, de 6 de septiembre, incorporada a la legislación española mediante la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, publicada en el BOE de 4 de abril de 2009. En relación con la Directiva 2006/68/CE, de 6 de septiembre, véase ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Directiva 2006/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de septiembre de 2006 por la que se modifica la Directiva 77/91/CEE del Consejo en lo relativo a la constitución de la Sociedad Anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 27, 2006, págs. 539-546; concretamente, en las págs. 539-540, recoge que “esta Directiva... debe enmarcarse en el más amplio proceso de reforma y modernización del derecho societario en Europa... En concreto viene a cumplir con una de las actuaciones a desarrollar por la Comisión conforme está previsto en el Plan de Acción diseñado para avanzar en la modernización del derecho de sociedades y mejora del gobierno corporativo de la Unión europea... con el que se trata de fomentar la eficiencia y la competitividad de las empresas en el mercado globalizado, sin reducir la protección que se ofrece a accionistas y acreedores”, más adelante añade que “el alcance de la reforma, ciertamente limitado, flexibiliza algunos aspectos del régimen del capital social aun cuando mantiene su concepción tradicional” y seguidamente analiza dichas reformas referidas al régimen de aportaciones no dinerarias y de las adquisiciones onerosas realizadas por la sociedad, al régimen de adquisición de acciones propias, a la disciplina de la asistencia financiera para la adquisición de acciones propias por terceros y al derecho reconocido a los acreedores en caso de reducción de capital.

La Segunda Directiva (77/91/CEE) ha sido nuevamente modificada por la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1. Su incorporación al Derecho español se ha efectuado mediante el RDL 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, publicado en el BOE, número 66, de 17 de marzo de 2012, convalidado por acuerdo del Congreso de los Diputados en su sesión de 29 de marzo de 2012, habiéndose publicado dicha resolución en el BOE número 87, de 11 de abril de 2012. La Ley 1/2012 de 22 de junio ha derogado el RDL 9/2012 y ha incorporado al Derecho español la Directiva 2009/109/CE que modificaba, entre otras, la Directiva 77/91/CEE, en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones.

la armonización de las normas y de los procedimientos sobre constitución de sociedades anónimas (aportaciones, aumento y reducción de capital, etc.).

En el período comprendido entre los años 1978 y 1984, se adoptaron:

- Por una parte, la Tercera Directiva³⁷⁹ y la Sexta Directiva³⁸⁰, que regulan las operaciones de modificación estructural de las sociedades, a través de la fusión y la escisión;
- Y por otra parte, la Cuarta Directiva³⁸¹, la Séptima Directiva³⁸² y la Octava Directiva³⁸³, por las que se establece un Derecho comunitario de la contabilidad,

³⁷⁹ Tercera Directiva del Consejo, de 9 de octubre de 1978 (DOCE número L 295, de 20 de octubre de 1978), basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (78/855/CEE), modificada por la Directiva 2007/63/CE, de 13 de noviembre, incorporada a la legislación española mediante la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, publicada en el BOE de 4 de abril de 2009. Esta Directiva ha sufrido una nueva modificación a tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, que ha sido incorporada al Derecho español mediante el RDL 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, según se recoge en la Disposición final segunda del mencionado RDL. La Ley 1/2012 de 22 de junio ha derogado el RDL 9/2012 y, a tenor de lo dispuesto en su Disposición final segunda, ha incorporado al Derecho español la Directiva 2009/109/CE por la que se modifica la Directiva 78/855/CEE.

³⁸⁰ Sexta Directiva del Consejo, de 17 de diciembre de 1982 (DOCE número L 378, de 31 de diciembre de 1982), basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y referente a la escisión de sociedades anónimas (82/891/CEE), modificada por la Directiva 2007/63/CE, de 13 de noviembre, incorporada a la legislación española mediante la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, publicada en el BOE de 4 de abril de 2009.

La Sexta Directiva (82/891/CEE) también ha sido modificada según lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, que ha sido incorporada al Derecho español mediante el RDL 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, tal y como se especifica en la Disposición final segunda. El RDL 9/2012 ha sido derogado por la Ley 1/2012 que ha incorporado al Derecho español la Directiva 2009/109/CE, que modificaba, entre otras, la Directiva 82/891/CEE, en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones.

³⁸¹ Cuarta Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1978 (DOCE número L 222, de 14 de agosto de 1978), basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (78/660/CEE) –modificada por la Directiva 2006/43/CE, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, publicada en el DOUE, L 157, de 9 de junio de 2006–. En opinión de QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El Derecho de sociedades en la Unión Europea: Evolución y situación actual”, ya cit., pág. 679, esta Directiva “es seguramente, por su alcance y repercusión en la realidad empresarial, el otro hito singular en el proceso armonizador, junto con la Directiva del capital. Baste advertir que la tarea de aproximar las legislaciones en una materia tan compleja técnicamente y con profundas diferencias de enfoque en los principales asuntos (relación de cuentas, estructura de cada una, principios contables, criterios de valoración de las partidas y de los elementos patrimoniales, etc.), exigía acercar concepciones diversas asentadas en modelos contables de larga tradición, lo que requería equilibrar adecuadamente uniformidad y flexibilidad y combinar reglas más rígidas y opciones más abiertas”.

³⁸² Séptima Directiva del Consejo, de 13 de julio de 1983 (DOCE número L 193, de 18 de julio de 1983), basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas consolidadas (83/349/CEE) –modificada por la Directiva 2006/43/CE, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, publicada en el DOUE, L 157, de 9 de junio de 2006–. Esta Directiva venía a complementar la Cuarta “armonizando los instrumentos contables a utilizar cuando, por existir vínculos entre empresas en forma de control con distintos orígenes y manifestaciones, es necesario ofrecer información contable agregada del conjunto del grupo (la imagen fiel de la situación patrimonial y del resultado del ejercicio en forma consolidada), además de la documentación contable ordinaria de cada sociedad integrante”. QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El Derecho de sociedades en la Unión Europea: Evolución y situación actual”, ya cit., pág. 680.

³⁸³ Octava Directiva del Consejo, de 10 de abril de 1984 (DOCE número L 126, de 12 de mayo de 1984), basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables (84/253/CEE) –derogada por la Directiva

incluyendo la regulación de los profesionales encargados del control de la contabilidad, a saber, los auditores.

A pesar del fracaso de proyecto de la Novena Directiva, relativa al régimen sustantivo de los grupos de sociedades, se aprobaron al final de la década de los 80 dos nuevas directivas, la Undécima Directiva³⁸⁴, relativa a la publicidad registral de las sucursales y la Duodécima Directiva³⁸⁵, referida a la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, susceptible de extenderse por los legisladores nacionales a la sociedad anónima. Pero ya el proceso armonizador instrumentado mediante directivas se había ralentizado³⁸⁶. A la desaceleración del proceso armonizador contribuyeron, por una parte, la lentitud y complejidad del propio proceso³⁸⁷, que tropezó con innumerables trabas

2006/43/CE, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, publicada en el DOUE, L 157, de 9 de junio de 2006—. Tal como recoge QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El Derecho de sociedades en la Unión Europea: Evolución y situación actual”, ya cit., pág. 680, esta Directiva “es, seguramente, la más instrumental y la menos societaria de todas, considerado su contenido en sentido estricto. Dedicada a establecer los requisitos profesionales y algunos otros aspectos del ejercicio de la actividad de auditoría venia a «formar cuerpo» con la Cuarta y la Séptima en la perspectiva de un moderno Derecho contable donde se integran la formulación, pero también la verificación, de las cuentas, y ha quedado derogada por sustitución al aprobarse la nueva Directiva sobre auditoría legal de 17 de mayo de 2006”.

³⁸⁴ Undécima Directiva del Consejo, de 21 de diciembre de 1989 (DOCE, número L 395, de 30 de diciembre de 1989), relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al derecho de otro Estado (89/666/CEE). En opinión de QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El Derecho de sociedades en la Unión Europea: Evolución y situación actual”, ya cit., págs. 680-681, “esta especie de variante menor de la libertad de establecimiento que es la creación de sucursales, frente al cambio de domicilio, transferencia de sede social, etc...no ofrecía mayores problemas técnicos para la armonización y, probablemente fue anticipada como ensayo de decisiones de mayor envergadura...”.

³⁸⁵ Duodécima Directiva del Consejo, de 21 de diciembre de 1989 (DOCE número L 395, de 30 de diciembre de 1989), en materia de sociedades de responsabilidad limitada de socio único (89/667/CEE). Esta Directiva “vino a armonizar un asunto largamente polémico y desigualmente considerado en las legislaciones nacionales, como es el de las sociedades de responsabilidad limitada de socio único. La Directiva tuvo el importante efecto de legitimar las sociedades unipersonales, originarias o sobrevenidas, tradicionalmente relacionadas con problemas de licitud, simulación y levantamiento del velo, y sometidas a consecuencias jurídicas no muy seguras en cuanto a su permanencia y al régimen de responsabilidad aplicable”. QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El Derecho de sociedades en la Unión Europea: Evolución y situación actual”, ya cit., pág. 681.

³⁸⁶ El ambicioso plan armonizador planteado por la Comisión sufrió una importante desaceleración a partir de 1985. El legislador comunitario deja de regular de forma minuciosa el régimen jurídico de las sociedades y comienza a regular sólo aquello que se considera absolutamente imprescindible. Así, la Directiva de sociedad unipersonal es una norma de mínimos, dejando a los Estados la regulación del régimen jurídico del tipo social. VICIANO PASTOR, J., “La Sociedad Anónima europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la Sociedad Anónima europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 35.

³⁸⁷ Las directivas son normas dirigidas a los Estados miembros que deben ser traspuestas a sus propios ordenamientos nacionales, lo que conlleva la obligación de valorar, tanto el resultado normativo de la trasposición, como el plazo en que se ha efectuado, ya que todas las directivas fijan un plazo a estos efectos. Además, es frecuente el retraso por parte de los Estados miembros en la transposición de las directivas y los desajustes entre los contenidos de la normativa nacional y la comunitaria, producidos no sólo por la transposición defectuosa, sino también, por la interpretación de los Tribunales. A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta el efecto directo vertical de las directivas. Tal y como señala TRAYTER JIMÉNEZ, M., “El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la administración y de los jueces en su aplicación”, *Revista de Administración Pública*, número 125, 1991, pág. 268, “...toda directiva clara, precisa, incondicional y jurídicamente perfecta que no haya sido transpuesta en el orden jurídico interno a la expiración del plazo previsto o que resulte mal reproducida por una norma interna (al contener una laguna o efectuar una regulación más prohibitiva que la contemplada en el ordenamiento comunitario) crea *per se* derechos a los interesados y obliga, tanto a la Administración como a los jueces nacionales, a aplicar sus postulados directamente, descartando cualquier disposición de cualquier rango que se le oponga”. Según ha declarado el TJCE si la ley o norma con rango de ley es anterior a una directiva con efecto directo, «el principio de la primacía del derecho comunitario... » trae como consecuencia «hacer inaplicable de pleno derecho, por el

derivadas de las divergencias existentes entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, que obedecían a tradiciones jurídicas diferentes y a principios inspiradores diversos y que, en última instancia, dificultaron la posibilidad de llegar a un acuerdo y, por otra parte, la influencia de las corrientes desregularizadoras que se instauran en la Europa comunitaria a partir de 1992³⁸⁸ y que abogan por nuevas técnicas legislativas basadas en la autonomía de la voluntad y en la competencia legislativa, a lo que hay que añadir el cambio de consideración de la tarea legislativa de la UE con la introducción del principio de subsidiariedad.

En un contexto de progresiva globalización de la economía y de fuerte competencia internacional, surgen dudas sobre las vías utilizadas para la creación de un Derecho europeo

mismo hecho de su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional vigente». Por contra, si la ley o norma con rango de ley es posterior a la directiva, ésta impide «la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que serían incompatibles con las normas comunitarias» (STJCE caso Simmenthal, 9-3-1978, as. 106/77). Véase TRAYTER JIMÉNEZ, M., “El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la administración y de los jueces en su aplicación”, ya cit., págs. 272 y 273. En este mismo sentido MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., “La noción del Estado en relación al efecto directo vertical de las directivas: aplicación al caso español”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 6, 1999, págs. 465-466, donde recoge que “Las normas comunitarias, siempre y cuando reúnan determinadas condiciones establecidas en la jurisprudencia del TJCE, van a poder ser invocadas ante las autoridades públicas (administrativas y judiciales) nacionales, y éstas tendrán la obligación de aplicarlas directamente (protegiendo los derechos y exigiendo las obligaciones en ellas contenidas) —incluso aunque no exista una norma nacional de desarrollo o transposición—, y deberán inaplicar las normas nacionales contrarias a esa disposición comunitaria. En algunas ocasiones al menos, la autoridad o juez nacional tendrá la obligación de aplicar dichas normas de oficio. Son los principios de eficacia directa y primacía del Derecho Comunitario” y FERNÁNDEZ PÉREZ, B., “Control directo de la norma interna y efecto directo vertical de las directivas. comentario a dos sentencias del tribunal supremo (sala de lo contencioso-administrativo, sección 4ª) de 17 de junio de 2003”, *Revista General de Derecho Europeo*, número 3, 2004, pág. 14, donde señala: “...según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva parecen ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones pueden ser invocadas contra cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva, si no se han adoptado dentro del plazo prescrito medidas de aplicación. Este efecto se conoce como eficacia directa vertical, así llamada porque sólo opera en las relaciones entre los ciudadanos y el Estado y puede ser opuesta por aquéllos frente a éste, pero no por éste frente a aquéllos. Este carácter obligatorio de la Directiva para los Estados se deduce de los artículos 5 [hoy, 10] y 189 [hoy, 249] del Tratado, que, en virtud del efecto útil de la Directiva, fundamentan el derecho del particular a invocar en su favor una Directiva no ejecutada, e impiden al Estado miembro sustraerse a las obligaciones que la Directiva le impone”; más adelante en la pág. 17 añade: “...la norma interna sólo es nula cuando contradice una Directiva en alguna de las disposiciones dotadas, por su precisión e incondicionalidad, de efecto directo vertical; en los demás casos, cuando sólo hay relaciones contrarias (“divergencias” explicables por los márgenes de apreciación de que dispone el Estado en la transposición), no debe cuestionarse la validez de la norma nacional si resulta posible efectuar una interpretación conforme”. También, en relación con las directivas y sus efectos, resulta interesante hacer referencia a la materia relativa al efecto directo de exclusión de las directivas. En palabras de la Dra. MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., “Desde hace algunos años se viene hablando del «efecto directo de exclusión» para identificar aquel supuesto en el que las directivas comunitarias se invocan por los particulares para argumentar que los Estados, en la transposición o en la aplicación, han rebasado el margen de apreciación que aquéllas les dejaban y pretender la inaplicación de la normativa o de la medida interna resultante, que sería así *ultra vires*”. La diferencia de este «efecto directo de exclusión» con respecto al efecto directo tradicionalmente concebido radica en que en este último las disposiciones de la directiva se invocan para hacer valer algún derecho que reconocen al particular en cuestión y en que la consecuencia de tal invocación sería, al menos potencialmente, la inaplicación de la normativa estatal y la subsiguiente aplicación de la disposición comunitaria. De ahí que se hable del «efecto directo de sustitución». Véase MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., “Otra virtualidad de las directivas: su “efecto directo de exclusión”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2006, pág. 1 y ss.

³⁸⁸ En relación con la SE y la crisis de la armonización comunitaria puede consultarse MIOLA, M., “Lo statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dall’armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti”, *Rivista delle società*, 2003-1, págs. 337-342. Sobre la crisis del Derecho europeo de sociedades puede consultarse, también, EMBID IRUJO, J. M., “Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de sociedades en la Unión Europea”, ya cit., págs. 21-23; QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El Derecho de sociedades en la Unión Europea: Evolución y situación actual”, ya cit., págs. 684-685.

de sociedades; la idea de subsidiariedad, implementada, entre otros extremos, por la propia UE a través del Tratado de Maastricht, vino a suponer un serio inconveniente a la tradicional política armonizadora llevada a cabo mediante directivas dando un cierto impulso a una tendencia renacionalizadora del Derecho de sociedades³⁸⁹.

En mayo de 1996 se estableció la llamada Iniciativa SLIM (*Simpler Legislation for the Internal Market*). Esta iniciativa tenía como objetivo estudiar los modos de simplificar, en determinados sectores, la legislación comunitaria relativa al Mercado Interior. Para tal fin, se constituían grupos SLIM compuestos por representantes de la Comisión y de los Estados miembros en determinados sectores normativos y cuyo trabajo consistía en simplificar la legislación comunitaria y nacional en ese sector determinado. El grupo SLIM encargado del Derecho de sociedades realizó diversas recomendaciones relativas a la simplificación de las directivas sobre sociedades.

Esta nueva estrategia orientada hacia una política de desregulación y simplificación legislativa recibió su respaldo normativo, al más alto nivel, en el Tratado de Maastricht con la incorporación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad a la normativa constitucional de la UE³⁹⁰. En el Tratado de Ámsterdam se añadió el Protocolo sobre la aplicación de estos principios por los que se somete la intervención comunitaria a los filtros de la necesidad, de la eficacia y de la adecuada intensidad, obligando a las instituciones a fundamentar los actos normativos adoptados en materias compartidas y a realizar un informe anual sobre la aplicación de los principios.

En este contexto se enmarca otro principio de actuación de la UE y de las relaciones entre la UE y los Estados miembros, consistente en la aplicación de los principios liberales anglosajones de competencia de sistemas legislativos, que destaca las ventajas de una armonización competitiva frente a la clásica centralizada³⁹¹. Mediante la concurrencia entre los diversos ordenamientos nacionales se trata de conseguir que cada Estado miembro, en clara competencia con los demás, adopte en su ordenamiento jurídico las medidas que mejor se adapten y más eficaces resulten para los problemas planteados por los diversos operadores económicos. El peligro que este sistema entraña (conocido por el efecto “*Delaware*”) es una regulación a la baja que atraiga a las grandes empresas que, indudablemente, tienen un gran peso en la economía nacional de cualquier país. De ahí la disputa que a mi juicio puede producirse entre los diversos Estados miembros, que les puede conducir a olvidarse de las garantías mínimas, que deben observarse en la regulación jurídica de estas materias, primando las expectativas de obtener suculentos ingresos,

³⁸⁹ EMBID IRUJO, J. M., “Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de Sociedades en la Unión Europea”, ya cit., pág. 21.

³⁹⁰ Efectivamente, el artículo 5, párrafo segundo del TCE (actual artículo 5.3 del Tratado de la Unión) recogía el principio de subsidiariedad en los siguientes términos: “en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo 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”. El principio de proporcionalidad se recogía en el párrafo tercero del mencionado artículo 5 del TCE (actual artículo 5.4 del Tratado de la Unión), de la siguiente forma: “ninguna acción de la Comunidad excederá lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.

³⁹¹ ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., págs. 41-43. Véase también: ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, ya cit., pág. 141-142; EMBID IRUJO, J. M., “Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de Sociedades en la Unión Europea”, ya cit., págs. 21-23, y VICIANO PASTOR, J., “La Sociedad Anónima europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la Sociedad Anónima europea domiciliada en España”, ya cit., págs. 35-37.

máxime teniendo en cuenta la incorporación masiva a la UE de países con bajas economías³⁹².

Como consecuencia de este nuevo enfoque resultó que los proyectos de Directiva sobre OPAs³⁹³ y fusiones transfronterizas³⁹⁴, tuvieron que retirarse en el año 2001 y, finalmente, se ha aprobado un contenido de mínimos dejando que los Estados miembros e, incluso, los operadores económicos, a través de la autorregulación, fijen la mayor parte de su régimen jurídico.

Peor suerte tuvo el proyecto de Quinta Directiva de 1972³⁹⁵ relativa a la coordinación de las legislaciones de los Estados miembros en lo tocante a la estructura de

³⁹² En este mismo sentido se pronuncia EMBID IRUJO, J. M., “Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de sociedades en la Unión Europea”, ya cit., pág. 25, donde recoge: “la ampliación de la Unión europea y la inclusión en su seno de nuevos Estados ha servido para agudizar el temor a una progresiva e irresistible deslocalización societaria, de graves consecuencias para los países de mayor nivel económico y, a su vez, de más exigente legislación en la materia. Se trae a colación el conocido ejemplo del Estado americano de Delaware... bien notorio por su capacidad de atraer a numerosas empresas para constituirse en forma jurídica de sociedad de capitales, dada la significativa flexibilidad de su Derecho de sociedades”.

³⁹³ Decimotercera Directiva del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre ofertas públicas de adquisición (2004/25/CE). Esta Directiva se ha incorporado a la legislación española mediante la Ley 6/2007 de 12 de abril que modificó la Ley de Mercado de Valores, publicada en el BOE, número 89 de 13 de abril de 2007, (la regulación de OPAs se contiene en el capítulo V del título IV de la Ley de Mercado de Valores. La regulación legal de las OPAs se completa con la referencia contenida en el artículo 34 de la misma Ley de Mercado de Valores a las OPAs de exclusión, con las referencias recogidas en la Sección 6ª, Capítulo III, Título VIII, artículos 338 a 342 de la nueva Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 170 de la Ley de Sociedades Anónimas) a las OPAs en los casos de reducción de capital de las sociedades cotizadas mediante la adquisición de las propias acciones y mediante el RD 1066/2007 de 27 de julio sobre el régimen de ofertas públicas de adquisición de valores, publicado en el BOE, número 180 de 28 de julio de 2007.

En relación con esta materia puede consultarse GUERRA MARTÍN, G., “La transposición al Derecho español de la Directiva sobre Opas (El Proyecto de Ley, de 13 de octubre de 2006, de Reforma de la Ley de Mercado de Valores)”, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 741-766; TAPIA HERMIDA, A.J., “El régimen de las ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAS) en la Unión Europea y en España”, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, 2008/20, mayo 2008, *Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid*, www.ucm.es/eprints.

Debo reseñar que en la regulación establecida por la nueva Ley de Sociedades de Capital sobre reducción de capital mediante adquisición de acciones propias para su amortización se recoge, en el artículo 341, la posibilidad de atribuir bonos de disfrute a los titulares de las acciones amortizadas, posibilidad que no se mencionaba en el antiguo artículo 170 de la Ley de Sociedades Anónimas.

³⁹⁴ Décima Directiva del Consejo, de 26 de octubre de 2005, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (2005/56/CE), incorporada a la legislación española mediante la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, publicada en el BOE de 4 de abril de 2009. Esta Directiva a posteriori ha sido modificada a tenor de lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, que ha sido incorporada al Derecho español mediante el RDL 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, publicado en el BOE, número 66, de 17 de marzo de 2012, convalidado por acuerdo del Congreso de los Diputados en su sesión de 29 de marzo de 2012, habiéndose publicado dicha resolución en el BOE, número 87, de 11 de abril de 2012; el RDL 9/2012 ha sido derogado a tenor de lo dispuesto en la Disposición derogatoria de la Ley 1/2012 que ha incorporado al Derecho español la Directiva 2009/109/CE, por la que se modificaba entre otras esta Décima Directiva (2005/56/CE). Para un conocimiento más amplio de la temática objeto de esta Directiva puede consultarse: GRIMALDOS GARCÍA, M. I., “La Décima Directiva relativa a la fusión transfronteriza de sociedades de capital y el daño de la fusión”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 364-380.

³⁹⁵ Esta Directiva, fue modificada en 1983 y 1991, con ella se pretendía extender el modelo alemán a todos los Estados miembros. Dicho modelo consistía en una Junta general con competencias tasadas y un sistema de administración con dualidad de órganos, un órgano de dirección encargado de la gestión y un órgano de vigilancia encargado de la supervisión, con un sistema de gestión mediante la participación de los

las sociedades anónimas y los poderes y obligaciones de sus órganos, que también fue retirado en el años 2001 y que actualmente se encuentra en vía muerta. Los principales obstáculos con los que tropezó esta Directiva fueron, por una parte, el sistema propuesto para la administración de las sociedades que en el proyecto de 1972 establecía la introducción, en todos los ordenamientos nacionales, del llamado sistema dualista de administración, integrado por un órgano de dirección y otro de vigilancia y, por otra, la articulación de la participación de los trabajadores en los órganos sociales que en el citado proyecto de 1972 consistía en la implantación obligatoria de representantes de los trabajadores en el órgano de vigilancia, para las sociedades que empleasen quinientos trabajadores o más. En los proyectos posteriores se flexibiliza el tratamiento de estos temas³⁹⁶, que resultaron ser las que constituyeron los aspectos más polémicos en la tramitación del estatuto de la SE³⁹⁷.

A mayor abundamiento cabe señalar, en cuanto a la organización de la administración societaria, el movimiento que tuvo lugar a comienzos de los años noventa en el ámbito angloamericano conocido con el nombre de “*Corporate Governance*” que preconiza, fundamentalmente en relación con las sociedades cotizadas, la autorregulación de los interesados para resolver sus problemas de configuración orgánica³⁹⁸.

representantes de los trabajadores en el Consejo de vigilancia; ante la resistencia que tal propuesta provocó, se propusieron diversas variantes: modelo monista (con distinción entre miembros gerentes y no gerentes, insertándose en este último grupo la representación de los trabajadores) o dualista; opción por uno de los dos sistemas y por distintas formas de participación de los trabajadores, etc. Sin embargo, ninguna de las propuestas consiguió desbloquear el proyecto.

³⁹⁶ En efecto, cuando en 1983 aparece la propuesta modificada de la Quinta Directiva en ella se han introducido, ya con mayor nitidez, las orientaciones flexibilizadoras inspiradas en el Libro verde y, en consecuencia, se permite la elección entre un sistema dualista de administración y un sistema unitario, aún distinguiendo entre miembros gerentes y no gerentes. Además, en lo referente a la participación de los trabajadores se permite la opción entre varios modelos, con resultados equivalentes. Sobre la evolución del proyecto de la Quinta Directiva, véase ESTEBAN VELASCO, G., “La estructura de las sociedades anónimas en el derecho comunitario (el proyecto modificado de la quinta Directiva)”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 5, junio 1989.

³⁹⁷ Véase QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La Sociedad Anónima Europea”, ya cit., págs. 4288 y ss.

³⁹⁸ “Aunque el trasfondo que subyace a este movimiento –la presencia de «Nuevos Hechos» que empañan el esquema clásico de distribución de poder– no es nuevo... lo que distingue la realidad actual de los planteamientos del pasado es por una parte, la utilización de la terminología *Corporate Governance* que de manera sintética pretende abarcar buena parte de los problemas que afectan a la gran sociedad anónima, como consecuencia de la separación entre propiedad y control, y por otro, que la solución se pretende conseguir por influencia anglosajona, no por la vía de la reforma legislativa sino por la vía de la autorregulación, a través de la adaptación voluntaria por parte de las sociedades a una serie de «Recomendaciones» o «Códigos de conducta». MARTÍ LACALLE, R., “El ejercicio de las competencias de los órganos sociales en las sociedades anónimas cotizadas”, *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, EMBID IRUJO, J. M., (coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 125-126. También respecto a este movimiento, véase: LENOBLE, J., “From an Incentive to a Reflexive Approach to Corporate Governance”, *Corporate Governance. An Institutional Approach*, COBBAUT, R. y LENOBLE, J., (editores literarios), Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003, págs. 19-20, donde señala que en la actualidad asistimos a un aumento significativo del interés político sobre el debate en torno al “*Corporate Governance*” hecho que puede explicarse por una variedad de factores relacionados, principalmente, con la transformación de los mercados financieros y la globalización. Con la denominación “*Corporate Governance*” usualmente identificamos cierto número de mecanismos de gobierno que actualmente se están introduciendo en Europa. Estos mecanismos afectan esencialmente a la composición y funcionamiento de los Consejos de administración (nombramiento de consejeros independientes, creación de diferentes Comités, como el Comité de Auditoría, etc.) y a la transformación de las reglas del mercado de valores (reglas de divulgación, organización o refuerzo del control del mercado, etc.). Esencialmente se trata de unas modificaciones inspiradas en la evolución del *Corporate Governance* en los Estados Unidos presentada por iniciativa de los inversores institucionales (como los fondos de pensiones o compañías de seguros) que juegan un papel cada vez más importante en los mercados financieros; MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1740-1741, dice

Con fecha 16 de septiembre de 2009 se aprobaron dos nuevas directivas comunitarias en materia de Derecho de sociedades que tienen por finalidad, según la expresión utilizada por el propio legislador comunitario, “codificar” los textos originales de la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de nueve de marzo de 1968 y de la Duodécima Directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, con las modificaciones sucesivas que han sido introducidas en las mismas³⁹⁹.

2. LA CREACIÓN DE TIPOS SOCIETARIOS EUROPEOS

Paralelamente a los esfuerzos armonizadores a los que he hecho referencia en el apartado precedente, el legislador comunitario concibió también la idea de crear nuevos tipos societarios regulados directamente por el Derecho comunitario, en un intento de buscar fórmulas jurídicas que se adecuaran a las dimensiones supranacionales del Mercado Interior⁴⁰⁰. El instrumento utilizado para la creación de estos tipos societarios europeos es el reglamento⁴⁰¹, que se sustenta en la base jurídica que le otorga el artículo 235 del TCEE

que esta expresión se refiere a “un amplio movimiento de origen anglosajón, que hoy puede considerarse casi una preocupación universal. Su objetivo es reformular la estructura organizativa en el interior del Consejo (las relaciones entre los miembros), así como el papel mismo del Consejo de administración, para tratar de adecuarlo a la realidad. Tales iniciativas revisten una importancia práctica indudable, aunque por lo general no suelen desembocar en una reforma del derecho vigente”; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pág. 462, señala: “este hecho ha generado un movimiento de suma importancia en torno al buen gobierno de la sociedad anónima; esto es, el llamado *Corporate Governance*, que desde las últimas décadas del siglo pasado –en especial la última– no ha hecho, sino alcanzar una expansión con unos matices que se han centrado en torno a las sociedades cotizadas y que ha impulsado una autorregulación orientada por códigos de buen gobierno, junto a normas que tratan de fomentar la transparencia de estas sociedades”.

³⁹⁹ Estas directivas son: por una parte, la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, publicada en el DOUE de 1 de octubre de 2009 (esta Directiva supone la “codificación” y derogación de la Primera Directiva 68/151/CE del Consejo, de 9 de marzo de 1968) y, por otra parte, la Directiva 2009/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en materia de Derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único, publicada en el DOUE de 1 de octubre de 2009 (esta Directiva supone la “codificación” y derogación de la Duodécima Directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989).

⁴⁰⁰ En este sentido MAGNIER, V., *Rapprochement des droits dans L'Union Européenne et viabilité d'un Droit commun des sociétés*, L.G.D.J., París, 1999, pág. 276, señala que el proyecto de crear una SE responde en origen a un objetivo mucho más ambicioso que una simple armonización mediante directivas. Se propone, en efecto, la instauración de un modelo de sociedad autónomo respecto de los Derechos nacionales, que se imponga tal cual en Europa. Se presentaría como una forma alternativa a las sociedades nacionales sin sustituir a éstas. La autonomía y la autoridad que se concedía de entrada a la SE, en los comienzos entusiastas del Mercado Común, hacía que este tipo societario se impusiera como modelo supranacional de Derecho uniforme.

⁴⁰¹ El reglamento es de aplicación directa en todos los Estados miembros. En consecuencia, y mediante la utilización de este instrumento se crea un Derecho uniforme de sociedades. Si bien es cierto que, dadas las últimas corrientes en torno a la regulación del Derecho europeo de sociedades, se ha producido un movimiento “renacionalizador” que conduce a que, en muchos casos, el legislador comunitario remita la regulación de algunas materias, a lo que los legisladores nacionales determinen al respecto y, en última instancia, a la normativa societaria de los Estados miembros. Véase el Reglamento de la SE y las continuas remisiones que contiene.

Tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las Sociedades Anónimas. Derecho Europeo y Reforma del Derecho Español*, ya cit., pág. 355, “el reglamento presenta como rasgos característicos, su «validez general», su «carácter obligatorio en todas sus partes» y su «aplicación directa» en todos los Estados miembros. Lo que aquí interesa señalar es que el reglamento, frente a la directriz, da lugar a un derecho que puede ser totalmente nuevo o simplemente el resultado de la unificación de las disposiciones nacionales existentes en los Estados miembros directamente aplicable en los Estados miembros (a poderes públicos y particulares) sin necesidad de que intervenga instancia nacional alguna”. En opinión de DUQUE DOMINGUEZ, J. F., “La Societas Europea: los caracteres, el significado y el acceso a este tipo comunitario”,

(artículo 308 TCE –actual artículo 352.1 del Tratado de funcionamiento de la UE–) que confiere competencias a las instituciones comunitarias cuando el propio TCEE no otorga competencias suficientes a tales efectos.

La primera figura societaria, creada en contraposición con los tipos genuinamente nacionales, fue la AEIE⁴⁰² que está regulada por el Reglamento CEE 2137/1985 de 25 de julio, como instrumento de fomento de la unión de empresarios, instituciones de investigación y profesionales liberales pertenecientes a distintos Estados miembros (anticipándose a los futuros Reglamentos sobre SE y SCE⁴⁰³), delegando en parte en los Estados miembros su desarrollo y aplicación supletoria de la Ley nacional e imponiendo la exención del Impuesto de Sociedades. La Ley 12/1991 de 29 de abril (BOE del 30), regula la Agrupación de Interés Económico española y sirve de normativa supletoria a la AEIE cuando ésta se constituya con sede en España⁴⁰⁴.

El estatuto de la SE, a pesar de ser uno de los primeros instrumentos proyectados para superar los obstáculos con los que, en la práctica, tropezaba la libertad de establecimiento de las personas jurídicas, no se aprobó hasta el año 2001. La aprobación de este estatuto posibilita que el derecho de establecimiento que el Tratado de la Unión reconoce a los operadores económicos no quede limitado, como venía sucediendo, al establecimiento secundario que se concreta en la constitución de filiales y en la apertura de sucursales o agencias, sino que, por el contrario, se haga igualmente real y efectivo para el establecimiento primario, en términos tales que la disparidad de legislaciones nacionales no constituya un obstáculo para las fusiones transfronterizas y el traslado del domicilio social dentro del territorio de la UE⁴⁰⁵.

Estudios Jurídicos I, Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de la Laguna, La Laguna, 1993, pág. 249, para la creación de la SE “desde el principio se utilizó el reglamento, porque, debido a su aplicación directa en todos y cada uno de los Estados miembros, se estima que es el medio más apropiado para establecer un sector jurídicamente unificado. El Tratado internacional para la unificación hubiera sido el camino alternativo, pero esto suscitaba el problema de las adhesiones de los Estados miembros –con el riesgo de que no se llegara a alcanzar el número suficiente– y, una vez en vigor, el riesgo de dispersión interpretativa que, como enseña la experiencia, generalmente se produce a lo largo de su aplicación por las diversas jurisdicciones y en el marco de ordenamientos distintos”.

⁴⁰² La AEIE es una entidad con plena capacidad jurídica, tal y como contempla el artículo 1, apartado 2, del Reglamento (CEE) número 2137/85, que tiene su origen precisamente en un “contrato de agrupación” (cuyo contenido mínimo se describe en el artículo 5) y en su posterior registro (extremo previsto en su artículo 6). Constituye así, una forma empresarial (en particular una sociedad de estructura personalista, correspondiente a lo que en nuestro ordenamiento conocemos como una sociedad colectiva especial), que cuenta, por lo tanto, con un fundamento eminentemente contractual que nace del pertinente acuerdo celebrado entre distintas empresas con una vinculación y una actuación estrictamente comunitaria (las cuales se encuentran referidas en el artículo 4). De este modo, su creación responde a los propios intereses de sus miembros sirviendo de mero instrumento para los mismos, en el sentido de facilitar y canalizar el desarrollo de su actividad en el territorio de la CE, tal y como se consigna en su artículo 3. Siendo pues, una figura especialmente indicada para facilitar la cooperación empresarial en un ámbito de actuación esencialmente comunitario, debido a, entre otros: su simplicidad, su flexibilidad, así como por mantener la autonomía e igualdad de sus miembros; por lo que, en definitiva, ha contado con un discreto éxito y aceptación en la práctica. PALAO MORENO, G., *El traslado del domicilio social de la Sociedad Anónima Europea*, ya cit., págs. 68 y 69.

⁴⁰³ Los estatutos de SE y SCE se aprobaron en 2001 y 2003, DOCE, número 294, serie L, de 10 de noviembre de 2001 y DOCE, número 207, serie L, de 18 de agosto de 2003 respectivamente.

⁴⁰⁴ La Agrupación de Interés Económico (española) y la AEIE son, esencialmente, sociedades colectivas especiales, por lo que, el régimen de las sociedades colectivas contenido en el C.Com. sirve de régimen supletorio a las mismas en lo que no sea incompatible.

⁴⁰⁵ FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I. “El futuro del derecho de sociedades en Europa: A propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., pág. 1.

Si bien, es cierto que se ha avanzado considerablemente en este campo, sin embargo, hay que tener en cuenta la regulación que establece el RESE para este tipo de operaciones, que permite a los Estados miembros oponerse a determinadas fusiones (artículo 19 del RESE), así como al traslado del domicilio social (artículo 8.14 del RESE). En consecuencia, se ha perdido la oportunidad de alcanzar un Derecho societario unificado

En el año 2003 se aprobó, mediante Reglamento (CE) número 1435/2003 de 22 de julio de 2003, el estatuto regulador de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE)⁴⁰⁶, que fue publicado en el DOCE, número 207, serie L, de 18 de agosto⁴⁰⁷. El estatuto de la SCE contiene una regulación, al igual que sucede con el estatuto de la SE, de carácter mixto, puesto que contempla la posibilidad de remitir la regulación de determinadas materias (se refiere a las no reguladas o a las reguladas sólo en parte, respecto a los aspectos no cubiertos) a la normativa que adopte el Estado miembro en el que la SCE tenga su domicilio social⁴⁰⁸, a la legislación cooperativa de dicho país⁴⁰⁹ y a las disposiciones estatutarias en las mismas condiciones establecidas para las sociedades cooperativas nacionales⁴¹⁰. Todo ello, sin perjuicio del papel que se concede a la autonomía de la voluntad a través de las cuestiones que podrán regularse en los estatutos, cuando así lo disponga expresamente el Reglamento⁴¹¹. En cuanto a los órganos de la SCE y según lo dispuesto en el Reglamento, la SCE constará de una Asamblea general y bien de un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual), o bien de un órgano de administración (sistema monista), según la opción que se haya adoptado en los estatutos⁴¹². A tenor de lo establecido en el artículo 78.1 del Reglamento de la SCE, cada Estado miembro deberá de adoptar las disposiciones de ejecución adecuadas para garantizar la aplicación efectiva del mismo y en cumplimiento del mandato comunitario se promulgó la Ley 3/2011, de 4 de marzo, por la que se regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España; la citada Ley fue publicada el 8 de marzo de 2011, en el BOE número 57 y entró en vigor el 8 de abril, ya que según lo dispuesto en su disposición final tercera se fijaba la entrada en vigor “al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”.

que facilite la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, como libertad de empresa comunitaria.

⁴⁰⁶ En relación con las Cooperativas y la armonización en el Derecho de sociedades de la UE, así como en lo tocante a los nuevos tipos societarios de Derecho europeo, véase EMBID IRUJO, J. M., *La Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España*, ALFONSO SÁNCHEZ, R. (directora), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 33-38.

⁴⁰⁷ Para más información sobre la SCE, pueden consultarse FAJARDO GARCÍA, G. y CRACOGNA, D., “El Derecho cooperativo en la Unión Europea y en el Mercosur”; ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Aproximación a ciertos aspectos del Régimen económico-financiero de la Sociedad Cooperativa Europea”; SENENT VIDAL, M. J., “Los documentos de la Sociedad Cooperativa Europea”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 480-490; 499-516 y 517-528, respectivamente; LAMBEA RUEDA, A., “Marco jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España”, *La Ley*, número 6479, 10 de mayo de 2006; ALFONSO SÁNCHEZ, R., “La Sociedad Cooperativa Europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo”, *Noticias de la Unión Europea*, número 252, enero 2006, págs. 19-34.

⁴⁰⁸ Así se establece en el artículo 8.1.c) i). Respecto a las materias no reguladas o si se trata de materias reguladas solo en parte, en lo tocante a los aspectos no cubiertos, serán de aplicación las medidas que se adopten, específicamente para las SCE, por los legisladores de los Estados miembros.

⁴⁰⁹ Efectivamente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8.1.c) ii), en defecto de disposiciones específicamente adoptadas por los legisladores de los Estados miembros para las SCE, serán de aplicación las disposiciones que rijan para las sociedades cooperativas nacionales del domicilio donde la SCE decida establecerse.

⁴¹⁰ Según dispone el artículo 8.1.c) iii), en último término se regirán por las disposiciones estatutarias en las mismas condiciones que estén establecidas para los sociedades cooperativas nacionales del lugar del domicilio de la SCE.

⁴¹¹ En efecto, el artículo 8.1.b), al igual que sucede en el RESE, establece, también para las SCE, la prevalencia de la regulación estatutaria siempre que el Reglamento relativo al Estatuto de la SCE así lo autorice expresamente.

⁴¹² Según lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento de la SCE y artículo 11 de la Ley 3/2011, de 4 de marzo, por la que se regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España. Para más información sobre los órganos de la SCE, puede consultarse BOTANA AGRA, J. M., “Apuntes sobre los órganos de la Sociedad Cooperativa Europea”, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 223-253.

Otros proyectos de este tipo, como son la Sociedad Privada Europea⁴¹³, la Mutualidad Europea, la Asociación europea, son objeto actualmente de debate.

El proceso de elaboración del estatuto de la SE se ha desarrollado paralelamente al proceso de armonización del Derecho de sociedades⁴¹⁴ y aunque en un principio se pretendía elaborar un estatuto de SE regulado por normas de auténtica naturaleza comunitaria e independiente de los Derechos nacionales, lo cierto es que ante la resistencia de los Estados miembros a renunciar a sus propias tradiciones jurídicas, que condujo a demorar e incluso a paralizar el proceso de gestación de la SE, considero que es finalmente el Derecho armonizado el instrumento que ha contribuido, en gran parte, a la aprobación del estatuto regulador de la SE. Efectivamente, la normativa reguladora de la SE se apoya, mediante la técnica de remisión, en el Derecho armonizado a través de directivas⁴¹⁵; de esta forma, determinados aspectos han quedado sin tratar en el RESE⁴¹⁶, que se ha limitado, para la regulación de estas materias no tratadas, a remitirse al Derecho armonizado a través de directivas⁴¹⁷.

Así pues, la SE tiene un régimen fragmentado en dos normas distintas, con rango diferente⁴¹⁸ y fragmentario porque no regula directamente todos los aspectos propios de este

⁴¹³ El 25 de junio de 2008 se hizo pública la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Privada Europea con el que la Comisión atiende a una demanda largamente sentida desde los medios empresariales y académicos. El camino recorrido no ha estado exento de una constante y decidida oposición desde algunos sectores de la propia Comisión Europea, que sólo empezó a superarse tras la celebración del Consejo Europeo de Santa María da Feira (Portugal), los días 19 y 20 de mayo de 2000, en el que se adoptó la “Carta Europea de la pequeña empresa”, en la que se afirma el carácter prioritario que éstas deben tener en las políticas comunitarias y la necesidad de propiciar un entorno normativo adecuado a las mismas. Véase VIERA GONZÁLEZ, A. J., “La Sociedad Privada Europea: una alternativa a la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 270, octubre-diciembre 2008, págs. 1331-1392.

En relación con este tipo societario puede consultarse, también, GIL PECHARROMÁN, X., “Sociedad Privada Europea: La Pyme traspasa fronteras” y LUCINI MATEO, A., “Hacia la Sociedad Privada Europea: luces y sombras”, revista *Escritura Pública*, número 56, marzo-abril 2009, págs. 34-36 y 36-37 respectivamente; BOQUERA MATARREDONA, J., y LATORRE CHINER, N., “La Sociedad Privada Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 33, 2009-2, págs. 79-128; ROTH, CH., “Sviluppo del diritto delle società: la società europea prefigura la società privata europea?”, *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, DRAETTA, U. y POCAR, F., (directores), Egea, Milán, 2002, págs. 85-99.

⁴¹⁴ Tal y como recoge REBOLLO ÁLVAREZ, J. L., “Intentos de superación de la armonización legislativa en materia de derecho de sociedades: La sociedad europea”, ya cit., pág. 24: en términos generales, puede considerarse que la regulación de la SE, constituye un esfuerzo legislativo de la Comunidad por superar el camino de la armonización legislativa en materia de Derecho de sociedades, al tiempo que se intentan coordinar los aspectos jurídicos y económicos de la producción, para evitar desigualdades en el ámbito de la libre competencia. Desde este punto de vista, se intenta dotar a los agentes económicos de un instrumento jurídico unitario y al mismo tiempo optativo al objeto de que las relaciones económicas entre los Estados miembros se hagan más fluidas.

⁴¹⁵ Así se recoge en el Considerando noveno del RESE: “...los trabajos de aproximación de los Derechos nacionales de sociedades han progresado considerablemente, de manera que puede hacerse una remisión a la legislación sobre sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio social para todo aquello que afecte a la SE en los ámbitos en los que su funcionamiento no exija la existencia de normas comunitarias uniformes”.

⁴¹⁶ En relación con el papel que el RESE desempeña en el proceso de armonización puede consultarse NAVARRO LÉRIDA, M. S., *El proceso de constitución de una Sociedad Europea Holding* (monografía asociada a la Revista de Derecho de Sociedades, número 31), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 26-33.

⁴¹⁷ El RESE realiza, para la regulación de determinadas materias, remisiones a las disposiciones que se aplicarían a una sociedad anónima que tuviera el domicilio social en el Estado miembro en el que esté registrada la SE. Así sucede en cuestiones como el capital social, las acciones, las obligaciones (artículo 5 del RESE), la inscripción registral (artículo 12.1 del RESE), la publicidad (artículo 13 del RESE), etc., donde se hace referencia a la legislación armonizada en función de diversas directivas.

⁴¹⁸ Esto es, el estatuto de SE, establecido mediante Reglamento (CE) número 2157/2001, de 8 de octubre de 2001 (DOCE L 294 de 10 de noviembre de 2001), y la Directiva del Consejo 2001/86/CE, de 8 de

tipo societario. Se puede decir que, en cierta medida, el proceso de armonización del Derecho de sociedades ha ido vaciando el contenido del estatuto de SE, se ha ido reduciendo la necesidad de incluir en ese estatuto aspectos ya regulados por las directivas sobre el Derecho de sociedades⁴¹⁹, y en definitiva creo que son escasas las materias que han sido reguladas en el RESE por normas de auténtica naturaleza comunitaria, siendo la materia de órganos una de las escasas materias en la que, al menos en parte, se ha mantenido su regulación por normas de auténtica naturaleza comunitaria.

En consecuencia, debo concluir considerando que ambas vías de creación del Derecho europeo de sociedades son vías complementarias. Esta tesis es la mantenida, mayoritariamente, por la doctrina⁴²⁰.

3. HACIA UNA NUEVA ORIENTACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES. EL INFORME *WINTER*

Ante la situación de crisis producida en la década de los noventa en los procesos de elaboración del Derecho europeo de sociedades, se buscan nuevas vías con el fin de adecuar el contenido de ese cuerpo jurídico a la situación real del mercado y a las demandas de los operadores económicos, recurriendo para ello a ideas y principios jurídicos provenientes de otros países, entre los que se encuentran los principios liberales anglosajones de competencia de sistemas legislativos que destacan las ventajas de una armonización competitiva frente a la clásica centralizada.

En este sentido debo hacer mención a la influencia que ha tenido el informe *Winter* en la reforma del Derecho europeo de sociedades. El rechazo que se produjo el 4 de julio de 2001 en el Parlamento Europeo al proyecto sobre la Decimotercera Directiva relativa a OPAs, como consecuencia del empate que arrojó la votación de la misma, hizo patente la necesidad de contar con la ayuda de expertos independientes para la preparación de las

octubre de 2001, por la que se completa el estatuto de la SE, en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOCE L 294 de 10 de noviembre de 2001). Ambas normas son de aplicación conjunta, puesto que, para que pueda registrarse una SE será necesario que se haya fijado la implicación de los trabajadores de acuerdo con lo preceptuado en la Directiva (artículo 12.2 del RESE).

⁴¹⁹ MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA GARCÍA DE DUEÑAS, A., “La Sociedad Europea: Un régimen fragmentario con intención armonizadora”, ya cit., pág. 25.

⁴²⁰ En este sentido se pronuncian, entre otros: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas”, ya cit., págs. 46 y 52: “no parece, por tanto, que la reactivación del proceso armonizador acarree sin más el desplazamiento de la SE. Tampoco resulta evidente que la aprobación del Reglamento de la SE esté llamado a paralizar una armonización que ha dejado de ser centralizada para operar con criterios «competitivos» y fomentar de esta suerte la concurrencia entre los ordenamientos nacionales”. “Una valoración de conjunto del momento actual del Derecho europeo de sociedades a la luz de la moderna disciplina de la SE, pone claramente de manifiesto la existencia de una convergencia real de dos sectores normativos llamados a complementarse y no a sustituirse... Pese a su estancamiento en la segunda mitad de los años ochenta y los años noventa el proceso armonizador no está agotado...”. PEGLOW, K. *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, L.G.D.J., Paris 2003. Introducción pág. 9: “la coordinación de las legislaciones nacionales aunque es importante no es suficiente. En la perspectiva del Mercado Interior, resulta imprescindible ofrecer a las empresas «modelos jurídicos uniformes» -comunitarios- que faciliten la circulación intracomunitaria. Habiéndose creado en este sentido dos estructuras societarias. La Agrupación Europea de Interés Económico... Finalmente después de esperar treinta años, la primera SE que en latín se denomina *societas europaea*...”. LARGO GIL, R., “La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)”, ya cit., pág. 103: “... y es que la armonización de las legislaciones estatales en materia de sociedades y la técnica de la SE no son vías concurrentes sino complementarias”. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, I., “El futuro del derecho de sociedades en Europa: A propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., pág.10: “si el objetivo sigue siendo la consecución de un verdadero mercado único que haga realidad el principio de la libre circulación de personas y capitales, la unificación no habrá de serlo sólo de la figura de la anónima, sino del entero Derecho de sociedades, como derecho ordenado a la vertebración de aquel principio”.

iniciativas legislativas de carácter técnico a fin de conseguir un consenso suficiente que asegurara su viabilidad. Por ello, el Comisario Bolkestein decidió nombrar un grupo de expertos⁴²¹ con la finalidad de que le asesorara, en primer lugar, sobre los problemas relacionados con la Directiva de OPAs⁴²² y posteriormente, sobre las posibles iniciativas que cabría adoptar en la UE para comenzar una nueva etapa en el proceso de construcción del Derecho europeo de sociedades.

El ECOFIN, que tuvo lugar en Oviedo los días 12 y 13 de abril de 2002, extendió el mandato del grupo de expertos al análisis específico de temas relacionados con el gobierno corporativo. El 4 de noviembre de 2002 el grupo presentó el segundo informe *Winter* titulado “Un marco normativo moderno para el Derecho de Sociedades en Europa”⁴²³. Este informe constituye una reflexión general sobre el Derecho de sociedades en Europa con recomendaciones de tendencia liberalizadora, sin perjuicio de proponer medidas concretas en algunos supuestos a fin de evitar abusos o conductas fraudulentas. El principio de subsidiariedad se hace patente, de manera que el informe parte de la idea de que proponer la inclusión de una norma dentro del acervo del Derecho comunitario exige una gran dosis de prudencia y que sólo, cuando pueda justificarse la introducción de una norma en sólidas razones que afecten a la UE y no sólo a uno o a varios de sus Estados, puede estudiarse la aprobación de esa norma⁴²⁴.

⁴²¹ Este grupo estaba presidido por el profesor de la Universidad de Rotterdam Jaap Winter, y formaban parte del mismo: Klaus Hopt, director del Instituto Max Planck de Hamburgo; Guido Rossi, profesor de la Universidad de Milán; Joëlle Simon, asesora jurídica de la confederación MEDEF de Francia; Jan Christensen, profesor de la Universidad de Copenhague; Jonathan Rickford, director del proyecto Company Law Review del Reino Unido y José María Garrido, catedrático de Derecho mercantil de España.

⁴²² El informe sobre la Directiva de OPAs, se presentó por el grupo de expertos el 10 de enero de 2002 y constituye el primer informe *Winter*. Tal y como señalan BENEYTO, J. M. y PUENTE, J., “Las ofertas públicas de adquisición de títulos desde la perspectiva comunitaria en el marco de la creación de un espacio financiero integrado”, *Serie de documentos de trabajo del Instituto de Estudios Europeos*, número 2, 2005, pág. 12 (que puede consultarse en la siguiente pág. web: http://www.ideo.ceu.es/access.php?file=/secure/docs/publicaciones/DocumentosTrabajo/JMB_2_05.pdf), “la Comisión encomendó en primer lugar al grupo de expertos la elaboración de un informe de recomendaciones para la regulación comunitaria de las ofertas públicas de adquisición, solicitando que el informe estuviera terminado antes de finales de 2001. El informe fue hecho público el 10 de enero de 2002, y contiene tres capítulos, cada uno dedicado a las tres cuestiones esenciales planteadas: (i) reglas de juego uniformes (“level playing field”); (ii) precio equitativo; (iii) derecho de exclusión de minoritarios y derecho de venta de los minoritarios al mayoritario”. También, sobre este primer informe, puede consultarse LEÓN SANZ, F. J., “Los mecanismos de control reforzados en las sociedades cotizadas (*Control-Enhancing Mechanisms, CEM*). El cambio de rumbo en los informes de la UE”, *Diario La Ley*, número 8846, 8 de septiembre de 210, pág. 11, donde recoge que “el Informe *Winter* tenía como objetivo estudiar la necesidad de fijar reglas de juego uniformes en el ámbito europeo en materia de OPAs. La finalidad del informe consistía en determinar las medidas que habría que introducir en los diferentes ordenamientos europeos para asegurar un trato equivalente entre los operadores de los distintos Estados en la presentación de una OPA. De acuerdo con el Informe *Winter*, la creación de un campo de juego equilibrado para el desenvolvimiento de las OPAs se debía apoyar en dos principios. En primer lugar, se tenía que basar en la libre decisión de los accionistas, es decir, la decisión final sobre la aceptación de la oferta y en qué condiciones debía corresponder a los accionistas y no a los administradores (*share holding decision making*). En segundo lugar, el régimen debería afirmar el principio de proporcionalidad (*one share – one vote*), la correlación entre el riesgo asumido y la participación en el control de las sociedades en relación con las OPAs”.

⁴²³ Este informe puede consultarse en: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/.

⁴²⁴ GARRIDO GARCÍA, J. M., “El informe *Winter* y el Gobierno societario en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de sociedades*, número 20, 2003-1, págs. 112-113. También, en relación con este segundo informe *Winter*, véase AZOFRA, F., “El informe *Winter* sobre modernización del Derecho societario en Europa”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, número 4, 2003, págs. 31-44, <http://www.academiacarceller.net/apuntes/xbrl/digital/winter.pdf>.

4. EL PLAN DE ACCIÓN DE LA COMISIÓN PARA LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE SOCIEDADES

Como consecuencia de las repercusiones que tuvo el segundo informe *Winter*, la Comisión presentó, el 21 de mayo de 2003, una Comunicación sobre modernización del Derecho de sociedades y la mejora de la gobernanza empresarial en la UE “Un plan para avanzar”⁴²⁵. Este plan de acción de la Comisión explica las razones de la modernización del Derecho de sociedades y define los objetivos que deben guiar cualquier iniciativa en esta materia y, establece un calendario con diferentes plazos de ejecución⁴²⁶. En cuanto a la SE, la Comunicación de la Comisión considera a esta figura el fruto de una nueva estrategia legislativa más flexible, consistente en la técnica del reenvío, cuando sea posible, a los Derechos nacionales⁴²⁷.

⁴²⁵ COM (2003) 284 final, Bruselas 21 de mayo de 2003. La Comunicación de la Comisión sobre “Modernización del Derecho de Sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea. Un Plan para avanzar” y el Informe *Winter* 2002, en palabras de QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El Derecho de sociedades en la Unión Europea: Evolución y situación actual”, ya cit., pág. 685, “son, probablemente la mejor expresión de intenciones para la nueva etapa. La Comunicación, justamente, aparecía como una respuesta institucional al citado Informe, recogiendo sus planteamientos y objetivos. Tras poner en valor el acervo acumulado en Derecho de sociedades y argumentar la necesidad de nuevas iniciativas, se fijaban los principales objetivos (reforzar los derechos de los accionistas y la protección de terceros, y promover la eficacia y la competitividad de las empresas), con una interesante delimitación de aspectos prioritarios a considerar, y se establecía un plan de actuación de la UE con iniciativas de corto, medio y largo plazo, que aparecen finalmente enunciadas en el Anexo II de la Comunicación...”.

Tal y como recoge EMBID IRUJO, J. M., “Aproximación al Derecho de sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al Plan de Acción”, ya cit., pág. 9: “El llamado Plan de Acción para la Modernización del Derecho de Sociedades, debido a la Comisión, es un conjunto de criterios y de proyectos resultado, en esencia, de incorporar una buena parte de las sugerencias contenidas en el informe *Winter*, emitido en 2002. Y todo ello con el propósito de hacer avanzar el Derecho de sociedades europeo sumido en los años noventa en una situación de atonía derivada en buena medida del agotamiento del modelo tradicional en la materia”. En este mismo sentido MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D. F., “La armonización del Derecho societario europeo en el siglo XXI: un análisis sistemático desde la integración uniforme de las fuentes comunitarias”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 30, 2008-1, pág. 269: “La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento de 2003, sobre “Modernización del Derecho de Sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea-Un plan para avanzar” es considerado por algunos autores como un documento “europeo trascendental” que trae su causa en el informe elaborado por el Grupo de Alto nivel de expertos en Derecho de Sociedades, el informe *Winter*, como respuesta al mismo y dentro de un planteamiento global e integrado a nivel europeo en este ámbito, pero que se concreta en el Derecho de Sociedades y en la gobernanza empresarial.

⁴²⁶ En efecto, se establecen acciones a corto plazo 2003-2005, a medio plazo 2006-2008 y a largo plazo a partir del año 2009 (Anexo 1 de la Comunicación, págs. 27-29). Esta Comunicación de la Comisión puede consultarse en la siguiente pág. web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0284:FIN:ES:PDF>.

Véase, en relación con este plan de la Comisión, APARICIO GONZÁLEZ, M. L., “Gobierno corporativo: entre el Derecho y la ética empresarial”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 257, 2005, págs. 1142-1145. Tal y como recoge EMBID IRUJO, J. M., “Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de sociedades en la Unión Europea”, ya cit., pág. 30: “...el Plan de Acción constituye un verdadero programa de desarrollo del Derecho de sociedades, a través del cual se pone de manifiesto un nítido propósito de renovar y consolidar su contenido; es cierto, sin duda, que dicho Plan no es una propuesta general y sistemática ni, desde luego, abarca el tratamiento normativo de las diversas formas de sociedad relevantes en el tráfico mercantil de nuestros días. Por otra parte, es mucho lo que... debe su contenido a las tendencias actuales en la materia, no siempre... bien articuladas ni concebidas a la hora de ponerlas en práctica en el ámbito europeo. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que las medidas normativas que en ejecución del Plan se vayan a adoptar han de resultar operativas en los ordenamientos de los Estados miembros, cuyo desarrollo particularizado a lo largo de los últimos años no es seguro que resulte fácilmente compatible con aquéllas”.

⁴²⁷ Concretamente en el apartado 1.1.b), último párrafo, pág. 6, se recoge textualmente: “a lo largo de los diez últimos años, como consecuencia del Tratado de Maastricht de 1992, el proceso legislativo sobre el Derecho de sociedades se ha caracterizado por una mayor deferencia política a los Derechos nacionales (con un aumento de las referencias a las normas nacionales en las propuestas legislativas). Este enfoque más

Respecto a la modernización relativa a la organización de la administración societaria⁴²⁸, en el punto 3.1.3 de la Comunicación, concretamente en el apartado relativo a composición del Consejo, la Comisión se muestra favorable a la idea de dejar una mayor libertad de organización a las empresas, aunque advierte de la necesidad de realizar un estudio pormenorizado de las consecuencias que pudieran derivarse de permitir a todas las empresas con cotización oficial elegir entre una estructura unitaria de administración o una dual, a la manera de la SE. La Comisión entiende que la adaptación al Derecho nacional del Reglamento de la SE y de la Directiva que lo complementa permitirán conocer la idoneidad de esta medida. La SE es contemplada como proyecto piloto en el desarrollo de la adecuada modernización del Derecho de sociedades europeo⁴²⁹.

II. EL ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA APROBADO POR EL REGLAMENTO (CE) N° 2157/2001, DE 8 DE OCTUBRE DE 2001

Con la aprobación del estatuto de la SE se cierra un largo proceso de gestación, que ha durado más de treinta años, de una figura societaria que desde un principio fue concebida con la idea de dotar a los operadores económicos de un instrumento útil para adaptar sus actividades a un mercado más amplio que el nacional⁴³⁰. Es decir, que les permitiera adecuar sus dimensiones empresariales al nuevo mercado único o Mercado Interior, de forma que pudieran actuar en el territorio comunitario como si de un mercado nacional se tratara; para ello el nuevo tipo societario debía de permitir que se llevaran a cabo operaciones de concentración y reestructuración transfronteriza⁴³¹ e igualmente posibilitar el cambio de domicilio social dentro del territorio comunitario, intensificando, de esta forma, la libertad de establecimiento y la movilidad transfronteriza de las sociedades sin que ello comportara la disolución y liquidación de la sociedad, haciendo posible la reestructuración de grupos europeos ya existentes.

Ahora bien, este proceso normativo, que ha discurrido paralelamente al proceso armonizador, no ha estado exento de dificultades y bloqueos. En consecuencia, el estatuto definitivamente aprobado dista mucho del primer Proyecto presentado en 1970; paulatinamente ha sufrido una reducción drástica en su contenido⁴³². Para la regulación de

flexible de la armonización ha permitido, en particular, la aprobación del Estatuto de Sociedad Europea (*Societas Europaea*), en octubre de 2001”.

⁴²⁸ Sobre el gobierno corporativo en la UE, puede consultarse: PÉREZ CARRILLO, E. F., “Gobierno corporativo en la Unión Europea. Evolución conceptual y de método”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 257, 2005, págs. 1037-1078.

⁴²⁹ ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 46.

⁴³⁰ Según manifiesta VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Sociedad anónima europea: una aproximación al sistema de fuentes”, *Estudios de Derecho mercantil europeo*, PÉREZ CARRILLO, E. F. (coordinadora), Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 130, “con la SE ha ocurrido algo que en principio podríamos considerar paradójico. De un lado, se trata de una figura que en su momento fue concebida como un ambicioso instrumento de integración jurídica, que debía servir para apoyar el entonces incipiente proceso de integración económica, y nace cuando este proceso, que no se ha resentido de su falta, ha llegado a una etapa de plena madurez, con Mercado Interior europeo y unión monetaria y económica...”.

⁴³¹ Tal y como señala SEQUEIRA MARTÍN, A., “Consideraciones sobre la fusión internacional de sociedades con especial referencia a las sociedades anónimas. Estudio del caso en la SE”, *Novedades legislativas en materia de sociedades*, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., (director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 472, “es en este contexto en el que la figura de la SE emerge con la pretensión de presentarse como un nuevo tipo societario que persigue, como finalidad esencial, hacer factible una reestructuración de las empresas a escala comunitaria posibilitando operaciones de concentración...”.

⁴³² Según recoge LARGO GIL, R., “La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)”, ya cit., pág.107: “hay que poner de relieve que el texto definitivo del Reglamento núm. 2157/2001 ha quedado reducido a setenta artículos, frente a los 284 de la

muchos aspectos se utiliza la técnica de remisión, en unos casos, al Derecho societario armonizado y en otros, al Derecho nacional, por lo que son escasas las materias reguladas por normas de autentica naturaleza comunitaria. Sin duda, el proceso armonizador, al mismo tiempo que ha ido vaciando de contenido el estatuto de la SE, ha servido de apoyo para poder sacar adelante el régimen de la SE⁴³³.

El Reglamento promulgado implica, por consiguiente, en cuanto al régimen jurídico de la SE, un cambio esencial respecto al punto de partida de 1970, ya que este Reglamento contiene, junto a un núcleo de normas que constituyen lo que podemos calificar como “régimen uniforme de la SE”, unas remisiones a preceptos del Derecho de sociedades anónimas del Estado miembro en el que la SE fije su domicilio. De manera tal que desaparece la plena uniformidad que se pretendía en un principio en el régimen de la SE y se ha visto sustituida por una uniformidad parcial, al estar completado su régimen por los preceptos del Derecho nacional de los distintos Estados⁴³⁴.

Por lo tanto, considero que la SE presenta una regulación que, por una parte, es incompleta, puesto que el estatuto de este nuevo tipo societario no regula, directamente, todos los aspectos que le son propios⁴³⁵; y por otra parte, se contiene en dos textos, el RESE y la Directiva relativa a la implicación de los trabajadores que, aunque son de aplicación conjunta, tienen distinta jerarquía jurídica (los reglamentos son de aplicación directa, mientras que, las directivas deben ser traspuestas a los ordenamientos jurídicos nacionales).

Efectivamente, el RESE se caracteriza por la presencia de tres tipos de normas: las que son directamente aplicables sin necesidad de incorporación o colaboración de tipo alguno por parte de los Estados miembros; las que imponen la obligación a los Estados miembros de modificar su ordenamiento nacional; y las que conceden a dichos Estados la

Propuesta de Reglamento de 1970. Siendo realistas, por el camino se han ido quedando las cuestiones más conflictivas, tales como el tema de los grupos, dada la ausencia de un criterio uniforme entre los Estados miembros, lo que ha impedido, siquiera formular una Directiva. Hay otros temas que tampoco se regulan (como son el capital, las acciones, las obligaciones, la disolución, la liquidación, la insolvencia y la suspensión de pagos). Se trata de temas con respecto a los cuales o existe una armonía de base entre los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, lo que permite el reenvío a éstos o bien, hay una falta total de armonización, lo que ha llevado a prescindir de ellos porque dificultaban la adopción del presente Estatuto de SE. Y a este respecto, se regula por insoslayable, la organización de la administración de la SE; era imprescindible, dada la desarmonía entre los diversos ordenamientos estatales, determinante, junto al tema de la cogestión, del lento avance del proceso aquí referido”.

⁴³³ En opinión de VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Sociedad anónima europea: una aproximación al sistema de fuentes”, *Estudios de Derecho mercantil europeo*, ya cit., pág. 130, “...el Estatuto de SE finalmente aprobado...establece una vía media, de interacción entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales de los diferentes Estados miembros, ya que ciertos aspectos se regulan por el Reglamento, y otros, se someten a lo que disponga el Derecho del Estado miembro donde la Se tenga su domicilio social. Esto es, cuando mayor era la integración entre los Estados miembros de la UE, menor ha sido el contenido propiamente integrado que se le ha dado a la SE”.

⁴³⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., “Sobre la Sociedad Europea domiciliada en España”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 101, enero-marzo 2006, pág. 228. En este mismo sentido MALATESTA, A., “Il regolamento CE 2157/2001 sulla società europea: il difficile parto di una forma societaria comunitaria”, *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, DRAETTA, U. y POCAR, F., (directores), Egea, Milán, 2002, págs. 9-10, dice que el RESE contiene un núcleo de normas uniformes aplicable a todas las SE con independencia del lugar donde esté situada su sede social, ahora bien, como complemento de estas disposiciones nos encontramos con numerosos reenvíos a la legislación nacional y, en particular, a la legislación nacional de la sociedad por acciones del Estado miembro donde la SE tenga su sede social. De esta forma se da vida a un híbrido de naturaleza incierta, una sociedad formalmente comunitaria pero en la que conviven de hecho el Derecho comunitario y el Derecho nacional.

⁴³⁵ En este sentido PALAO MORENO, G., *El traslado del domicilio social de la Sociedad Anónima Europea*, ya cit., pág. 85, señala que: “como punto de partida, una nota destaca sobre todas: del texto del Reglamento se extrae con toda claridad de su articulado que no se alcanza una total autonomía jurídica de esta figura con respecto a los ordenamientos de los Estados miembros, dado que son continuas las remisiones que realiza a los mismos. En palabras de LUTTER, el Reglamento comunitario que regula la SE constituye tan sólo el «torso», resultando imprescindible acudir a otros mecanismos para completar las lagunas que alberga”.

facultad (establecer una obligación o regular una materia) o una opción entre varias fórmulas posibles que el mismo Reglamento enuncia.

Esta tipología de normas está presente a lo largo de todo su articulado y, en particular, en los artículos referentes a la estructura de la SE que regulan la administración de la SE.

En efecto, salvo los países que admiten ambos sistemas de administración, los demás Estados miembros deberán de proceder a regular el sistema no contemplado⁴³⁶, ya que, a pesar de que estamos en presencia de un Reglamento (por tanto ante un instrumento de aplicación directa), tal circunstancia no impide el hecho de que, al no estar la materia regulada por el RESE en consonancia con el Derecho nacional (p. ej. en España no se regula el sistema de administración dual), los Estados miembros se vean en la necesidad de promulgar normas nacionales que, por un lado permitan la completa aplicación de los preceptos del Reglamento y, por otro, canalicen la opción que en otros puntos permite el propio texto reglamentario. Es necesario, por tanto, para el cumplimiento de lo establecido en el RESE, la intervención de los Estados miembros.

Sin la promulgación de las necesarias normas por parte de los Estados miembros, el Reglamento no podrá ser aplicado, lo que supondrá el incumplimiento por dichos Estados de sus obligaciones. El TJCE considera incompatible con el Derecho comunitario la falta de adopción de las medidas necesarias para la efectiva aplicación y en los plazos apropiados de un reglamento⁴³⁷. Así pues, los Estados miembros, siguiendo el mandato del legislador comunitario y a efectos de dar cumplimiento al mismo, deberán de proceder a regular el sistema que no esté previsto en su régimen jurídico interno, a fin de permitir a las SE que decidan establecerse en su territorio la elección entre ambos sistemas de administración⁴³⁸.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La aprobación de este Estatuto de SE va a posibilitar ciertas operaciones de cooperación y reestructuración de sociedades de carácter transnacional y va a facilitar la movilidad de las sociedades en el ámbito comunitario (cambio de sede social), aunque todavía siguen perviviendo ciertos obstáculos de carácter fiscal. Esta nueva forma jurídica va a permitir que las empresas puedan actuar en otros Estados miembros sin necesidad de constituir una sucursal, ni inscribirla en el Registro Mercantil del país de la UE donde actúen; bastará la inscripción en el Registro Mercantil del Estado correspondiente a su domicilio social⁴³⁹.

⁴³⁶ En efecto el artículo 39.5 del RESE, en relación con el sistema dual y el y 43.4, en relación con el sistema monista otorgan a los Estados miembros una autorización genérica a efectos de que adopten, en relación con las SE, las medidas pertinentes respecto al sistema que les es desconocido, garantizando de esta forma la efectividad del derecho de opción establecido en el artículo 38. b) de dicho texto legal.

⁴³⁷ Véase la Sentencia del TJCE de 7 de febrero de 1973 (Comisión/Italia), <http://eur-lex.eu>. La referida Sentencia recoge en su Considerando catorce que “los Reglamentos del Consejo y de la Comisión sometieron a plazos precisos el establecimiento del régimen de... que la observancia de dichos plazos resultaba imperativa en aras de la eficacia de las medidas adoptadas, ya que éstas sólo podían alcanzar plenamente su objetivo a condición de que fuesen ejecutadas simultáneamente en todos los Estados miembros en el momento determinado en función de los objetivos de política económica perseguidos por el Consejo” y en el Considerando diecisiete “que, por consiguiente, resultan contrarias al Tratado todas las modalidades de ejecución que puedan tener como consecuencia obstaculizar el efecto directo de los Reglamentos comunitarios y comprometer, de ese modo, su aplicación simultánea y uniforme en el conjunto de la Comunidad”.

⁴³⁸ MORILLAS JARILLO, M. J. y GRECHENIG, K. “La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español”, ya cit., págs. 6-7.

⁴³⁹ GÓMEZ GÁLLICO, F. J., “La Sociedad Anónima Europea y el Registro Mercantil”, *Noticias de la Unión Europea*, número 265, febrero 2007, pág. 90.

Cierto es que una sociedad constituida con arreglo al Derecho societario de un Estado miembro puede ejercer sus actividades económicas libremente en los demás Estados, incluso puede fijar en ellos su administración principal⁴⁴⁰; por tanto, para el ejercicio de actividades económicas transfronterizas no es necesario el establecimiento de ningún tipo societario europeo. No obstante, con el establecimiento de un tipo societario de estas características se amplían las opciones de los operadores económicos.

Pero por otro lado, también es verdad que ciertas operaciones de reestructuración empresarial como fusiones, transformaciones, cambio de domicilio, dependen de los Derechos societarios nacionales y nos podemos encontrar con que determinadas legislaciones nacionales no permitan este tipo de operaciones. Para solventar este problema caben dos soluciones:

- La armonización de las legislaciones de los Estados miembros, a fin de garantizar la viabilidad de este tipo de operaciones. En este sentido cabe citar la Décima Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, que fue incorporada a la legislación española mediante la Ley 3/2009, de 3 de abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, publicada en el BOE de 4 de abril de 2009 y que entró en vigor el 4 de julio de dicho año, con excepción de las disposiciones del Capítulo II del Título II, relativas a las fusiones transfronterizas intracomunitarias, que entraron en vigor el día 5 de abril. La Décima Directiva (2005/56/CE) ha sido modificada por la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, que ha sido incorporada al Derecho español mediante el RDL 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, publicado en el BOE, número 66, de 17 de marzo de 2012, convalidado por acuerdo del Congreso de los Diputados en su sesión de 29 de marzo de 2012, habiéndose publicado dicha resolución en el BOE, número 87, de 11 de abril de 2012. Asimismo, y como consecuencia de la incorporación al Derecho español de las normas de la Directiva 2009/109/CE, el RDL 9/2012 ha modificado los artículos 32, 34, 36, 39, 40, 42, 44, 45, 50, 51, 62, 78 bis y 99 de la Ley 3/2009, de 3 de abril. El RDL 9/2012 ha sido derogado por la Ley 1/2012 de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital (BOE, número 150, de 23 de junio), que ha mantenido, con ligeras variaciones (artículos 32.1 y 34.4), las modificaciones que el RDL derogado había efectuado en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

⁴⁴⁰ Véase la Sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1999 (Asunto C-212/97 –Sentencia de Centros–), <http://eur-lex.eu>, que en el punto 26 recoge “...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 y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad, ejercer por medio de una agencia, sucursal o filial actividades en otros Estados miembros”, más adelante, en el punto 29 añade que “...el hecho de que una sociedad no ejerza ninguna actividad en el Estado miembro en que tiene su domicilio social y desarrolle sus actividades únicamente en el Estado miembro de su sucursal no es suficiente para demostrar la existencia de un comportamiento abusivo y fraudulento que permita a este último Estado miembro denegar a dicha sociedad que se beneficie de las disposiciones comunitarias relativas al derecho de establecimiento” y en el punto 30 se señala que “...la denegación por un Estado miembro de la inscripción de una sucursal de una sociedad constituida con arreglo al Derecho nacional de otro Estado miembro en el que tiene su domicilio social sobre la base de que la sucursal está destinada a permitirle el ejercicio de toda su actividad económica en el Estado de acogida, con la consecuencia de que el establecimiento secundario eludiría las normas nacionales relativas a la constitución y desembolso de un capital mínimo, es incompatible con los artículos 52 y 58 del Tratado, en la medida en que obstaculiza la aplicación del derecho de establecimiento secundario cuya observancia pretenden asegurar precisamente los artículos 52 y 58”.

- La creación de nuevos tipos societarios, a través de los cuales se puedan llevar a cabo estas operaciones de reestructuración empresarial⁴⁴¹.

En este sentido el RESE posibilita que a través de la SE se resuelvan los problemas con los que se encontraban en la práctica los operadores económicos para realizar las operaciones transfronterizas mencionadas, favoreciendo la creación de empresas multinacionales⁴⁴².

Igualmente, esta nueva figura societaria va a contribuir, al menos en parte, a mitigar los obstáculos que aún persisten para que las personas jurídicas puedan alcanzar una de las libertades fundamentales, como es la libertad de establecimiento.

Esta funcionalidad de la SE se pone de manifiesto en el RESE, por un lado, por la exigencia de que por regla general la SE se funde por personas jurídicas constituidas con arreglo al ordenamiento de un Estado miembro y que tengan su domicilio social y su administración central en la Comunidad y siempre que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes; y por otro lado, por la limitación de las vías de acceso a la SE, a través de los cinco cauces previstos en el RESE, que cito a continuación: 1º. La fusión de sociedades anónimas⁴⁴³; 2º. La constitución de un *holding* por

⁴⁴¹ Véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “El reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, ya cit., págs. 7-8.

⁴⁴² Véanse los Considerandos 1, 7 y 10 de la Exposición de Motivos del RESE. Así, en dichos considerandos se señala que a fin de la realización del Mercado Interior deben eliminarse los obstáculos a los intercambios, siendo necesaria una reestructuración de las estructuras de producción que permita a las empresas, cuya actividad rebasa las fronteras locales, reorganizar sus actividades a escala comunitaria. Las disposiciones del RESE vienen a permitir la creación y gestión de las sociedades de dimensión europea cuya operatividad no se vea dificultada o impedida por la disparidad legislativa entre los diversos ordenamientos nacionales. El objetivo esencialmente perseguido es que, mediante la constitución de una SE, sociedades de Estados miembros diferentes se fusionen o creen una sociedad *holding*, además de ofrecer, a sociedades y otras personas jurídicas que ejerzan una actividad económica y que estén sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, la posibilidad de crear filiales comunes.

⁴⁴³ En efecto, según lo dispuesto en el artículo 2.1 del RESE “las sociedades anónimas que figuran en el anexo I, constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, que tengan su domicilio social y su administración central en la Comunidad, podrán constituir una SE mediante fusión, siempre que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes”. En este supuesto, al igual que sucede en el de constitución de una SE por transformación, sólo podrán participar sociedades anónimas, por lo tanto, el proceso de constitución por fusión está reservado, única y exclusivamente, a este tipo societario. Dos son las vías que pueden seguirse para constituir una SE mediante fusión, a tenor de lo previsto en el artículo 17 del RESE, fusión por absorción o fusión por constitución de una nueva sociedad. Las sociedades preexistentes han de ser, como ya ha quedado indicado, sociedades anónimas dependientes al menos de dos ordenamientos nacionales distintos, como resultado tendremos una SE sin previa liquidación de las sociedades concurrentes, tal y como dice VEIGA COPO, A. B., “La Sociedad Anónima Europea y la fusión transnacional”, *Noticias de la Unión Europea*, número 229, febrero 2004, págs. 141-142, “...el resultado será una SE y ello sin previa liquidación de las sociedades concurrentes, con lo que simultáneamente a los efectos que son propios de la fusión, habrá de unirse una ficticia europeización de la sociedad, como así se estatuye en el propio estatuto de la SE, como un híbrido de sociedad nacional-supranacional... Por tanto, la sociedad absorbente se va convertir en SE y las sociedades nacionales que se fusionan dejan de existir como consecuencia de la fusión llevada a cabo (artículo 29.2.c) del Reglamento). Se produce, en definitiva, una conversión de la o las sociedades anónimas en una Sociedad Europea”. Por su parte, LARGO GIL, R., “La constitución de la Sociedad Anónima Europea”, *Novedades legislativas en materia de sociedades*, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., (director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 434-435, considera que “la modalidad de constitución de una SE por vía de fusión de sociedades anónimas nacionales puede resultar menos atractiva, ante la opción de realizar una fusión transnacional cuya resultante sea una sociedad nacional, posibilidad que se avista a corto o medio plazo, tras la implementación de la Directiva relativa a las fusiones transnacionales de sociedades de capitales. Y es que la SE es una forma social novedosa con un régimen jurídico que puede resultar tan oscuro para los accionistas de las sociedades llamadas a extinguirse por la fusión como el de cualquier sociedad de Derecho extranjero”. Lo cierto es que la Décima Directiva del Consejo, de 26 de octubre de 2005 (modificada por la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, que ha sido incorporada al Derecho español mediante el

sociedades anónimas y/o sociedades de responsabilidad limitada⁴⁴⁴; 3º. Constitución de una filial común por sociedades incluidas en el artículo 48 del TCE u otras entidades de Derecho público o privado⁴⁴⁵; 4º. Transformación de una sociedad anónima (con una filial sujeta al

RDL 9/2012, de 16 de marzo), sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (2005/56/CE) es ya una realidad y ha sido incorporada a la legislación española mediante la Ley 3/2009, de 3 de abril; aunque, a posteriori, el RDL 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, publicado en el BOE, número 66, de 17 de marzo de 2012 (convalidado por acuerdo del Congreso de los Diputados en sesión celebrada el 29 de marzo de 2012), ha venido a modificar los artículos 32, 34, 36, 39, 40, 42, 44, 45, 50, 51, 62, 78 bis y 99 de la citada Ley 3/2009, de 3 de abril. En relación con los cambios efectuados en la Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, por el RDL 9/2012, puede consultarse CANO ORTEGA, C., “La fusión unánime”, trabajo fin de Máster, Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Mercantil, Máster universitario en Derecho Privado, especialidad en Derecho Mercantil, curso 2010-2011, págs. 121-127, recogido en la siguiente pág. web: http://eprints.ucm.es/14792/1/Cristina_Cano_-_TFM.pdf. El RDL 9/2012 ha sido derogado por la Ley 1/2012 de 22 de junio que, a tenor de lo dispuesto en su artículo segundo, modifica la Ley 3/2009 en términos similares a como lo hacía el derogado RDL, si bien, añade en el artículo 32.1 el depósito voluntario del proyecto de fusión en el correspondiente Registro Mercantil y la forma de acreditar la inserción en la web del proyecto y la fecha de la misma; además, ha suprimido en apartado b) del artículo 34.4.

Según SEQUEIRA MARTÍN, A., “Consideraciones sobre la fusión internacional de sociedades con especial referencia a las sociedades anónimas. Estudio del caso en la SE”, ya cit., pág. 475, “el concepto de fusión que presenta el reglamento para constituir una SE se basa en la construcción clásica de esta figura, que parte de la causación simultánea e *ipso iure* de los efectos de la transmisión del patrimonio a título universal de las sociedades anónimas participantes y que desaparecen, así como el paso de todos sus socios, a la nueva SE resultante (artículo 17 del RESE)”.

⁴⁴⁴ A tenor de lo previsto en el artículo 2.2 del RESE “las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada contempladas en el anexo II del presente Reglamento, constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad podrán promover la constitución de una SE *holding* siempre que al menos dos de ellas: a) estén sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros; o b) 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”. Tal y como recogen DANTHINE D. y AFSCHRIFT, T., “La Sociedad Anónima Europea y la legislación sobre las Sociedades Holding en los Estados miembros”, *Noticias de la Unión Europea*, número 229, febrero 2004, págs. 5-6: “a efectos de constitución de una SE *holding*, se requiere que por lo menos dos de las sociedades promotoras, o bien estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes, o bien dispongan desde por lo menos dos años antes de una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o de una sucursal establecida en otro Estado miembro. Deben pues haber previamente “demostrado su naturaleza europea”. Así por ejemplo, dos sociedades neerlandesas sin sucursal extranjera y sin participación en una sociedad sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro no pueden promover la constitución de un *holding* con forma de SE, incluso sometida a la legislación de otro Estado miembro, por ejemplo Luxemburgo. También personas físicas no pueden crear directamente una SE, incluso si esta última tiene vocación para tomar ulteriormente participaciones en sociedades sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes. En cambio, dos sociedades neerlandesas con una filial común en Luxemburgo desde dos años antes pueden promover la creación de una SE *holding* neerlandesa. Así pues, este artículo restringe considerablemente las hipótesis en las que se puede recurrir a esta forma de sociedad. Se observa, por el contrario, que una vez pasado el punto de su nacimiento nada impide a una SE *holding* tener una naturaleza puramente nacional. En el ejemplo dado antes, puede que las sociedades promotoras se deshagan de sus participaciones en la sociedad luxemburguesa sin ninguna incidencia –afortunadamente– en la forma jurídica *holding*. Por tanto, la “naturaleza europea” de la SE es una característica inherente a su nacimiento pero no ulteriormente a su existencia”.

⁴⁴⁵ Efectivamente, el artículo 2.3 del RESE establece que “las sociedades a que se refiere el párrafo segundo del 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: a) estén sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros; o b) tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o un sucursal en otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes”. A diferencia de lo que sucede en la constitución mediante fusión y transformación, este supuesto permite no solo a las sociedades de responsabilidad limitada (como sucede en el caso de constitución de una SE *holding*), sino también a cualquier otro tipo societario e incluso a cualquier entidad jurídica tanto de Derecho público como de Derecho privado constituir una SE filial, siempre y cuando las sociedades o entidades jurídicas participantes estuvieran constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de

ordenamiento de otro Estado miembro) en SE⁴⁴⁶ y 5°. Constitución de una filial por una SE⁴⁴⁷.

Además, debo señalar que no se permite a las personas físicas la constitución *ex novo* de una SE, ni se permite la creación de SE unipersonales, salvo como filiales de otras SE⁴⁴⁸.

Pienso que, aunque sin duda el establecimiento de este tipo societario europeo va a facilitar tanto la realización de ciertas operaciones transfronterizas de reestructuración empresarial, como la movilidad de las sociedades en el ámbito comunitario, no va a posibilitar que las personas jurídicas consigan la libertad de establecimiento de forma plena y con carácter efectivo, pues una vez más, la plena efectividad de esta libertad fundamental se ve condicionada por lo dispuesto en el Reglamento regulador del estatuto de la SE, en el que se establecen ciertas cláusulas que pueden considerarse como de salvaguardia por las que el legislador nacional podrá recoger la posibilidad de que la autoridad competente de dicho Estado, pueda oponerse a este tipo de operaciones por razones de interés público⁴⁴⁹. Si bien dicha decisión de oponerse tendrá que ser siempre recurrible en vía judicial⁴⁵⁰.

un Estado miembro y tuvieran el domicilio social y la administración central en la Comunidad. Se requiere además que al menos dos de ellas estén sujetas a ordenamientos jurídicos de Estados miembros diferentes o que tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes.

⁴⁴⁶ Según lo establecido en el artículo 2.4 del RESE “una sociedad anónima constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, podrá transformarse en una SE siempre que haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro, durante, al menos, dos años”. A tenor de lo dispuesto en este artículo la transformación esta prevista, únicamente, para las sociedades anónimas nacionales preexistentes y por tanto se excluye que cualquier otro tipo societario, regulado en los ordenamientos de los Estados miembros, pueda acceder a la SE; pero además se exige que la sociedad anónima nacional, constituida con arreglo al ordenamiento jurídico del un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro en los dos últimos años, como mínimo, previos a la transformación. Por tanto, esta condición reducirá en gran medida los supuestos de transformación en SE de sociedades anónimas nacionales. A mayor abundamiento, a tenor de lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 37 del RESE, la transformación no supondrá ni la disolución ni la creación de una nueva persona jurídica y el domicilio social no podrá trasladarse de un Estado miembro a otro con motivo de la transformación. Finalmente, debemos tener en cuenta que en cualquier proceso de transformación deberá respetarse la implicación de los trabajadores a tenor de lo dispuesto en el artículo 12 del RESE y concretamente en las SE que se constituyan mediante transformación deberán mantenerse los mismos derechos que ostentaban los trabajadores antes de la transformación. Véase GARCÍA COSO, E., “La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio y problemas de conflicto de Leyes”, *Noticias de la Unión Europea*, número 229, febrero 2004, págs. 39-44.

⁴⁴⁷ Según lo dispuesto en el artículo 3.2 del RESE “una SE podrá constituir una o más filiales en forma de SE...”. Para más información sobre las vías de acceso a la SE, véase VELASCO SAN PEDRO, L. A. y SÁNCHEZ FELIPE, J. M., “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE,” ya cit., pág. 35.

⁴⁴⁸ Así se establece en el artículo 3.2 del RESE “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...”. Tal y como señala LARGO GIL, R., “La constitución de la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., págs. 367-369, el RESE “no regula propiamente, la constitución de la SE, tema al que con carácter general dedica dos preceptos (artículos 15 y 16). En puridad, las posibilidades arbitradas para la constitución de una SE son vías para la reestructuración de sociedades de diversa nacionalidad. Son técnicas jurídicas que permiten realizar diferentes estrategias empresariales conducentes a la creación de una SE. Tales técnicas son de naturaleza varia: de índole jurídico societaria (la fusión, la transformación, la creación de una sociedad *holding*) o de carácter jurídico-negocial (como es la creación de una filial común)”, más adelante añade, “al menos por lo que hace a la fusión y a la transformación no pueden considerarse como vías para la fundación o constitución de una sociedad”, y en la pág. 369 dice “no hay, pues, un procedimiento para la constitución de una SE, sino cuatro; o mejor, si quiere constituirse una SE se puede incardinar tal pretensión a través de cuatro modalidades u operaciones, en atención a las circunstancias concurrentes; estas son: la fusión, la transformación, la constitución de una SE *holding* o de una SE filial –común o unipersonal–”.

⁴⁴⁹ Se establece, en el supuesto de traslado de sede, un plazo para la oposición de dos meses después de la publicación del proyecto de traslado (artículo 8.14 del RESE); y en el caso de fusión, hasta que se expida

2. BASE JURÍDICA DEL REGLAMENTO Y DE LA DIRECTIVA

La elección de la base jurídica debe hacerse en función del fin que persigue el acto legislativo que se va a adoptar y teniendo en cuenta que la base jurídica elegida determina cuestiones de relevante importancia como son el tipo de acto que se puede adoptar y el procedimiento decisorio aplicable para su adopción. Tal y como he recogido en los antecedentes históricos, la base jurídica en la que se han sustentado los distintos proyectos de estatuto de la SE y la Directiva relativa a la implicación de los trabajadores ha sido diversa. Los Proyectos de estatuto de SE de 1970 y 1975 se fundamentaban en el artículo 235 TCEE (artículo 308 TCE) y los Proyectos de estatuto y Directivas complementarias de 1989 y 1991 se basaban en el artículo 100 A TCEE (artículo 95 TCE) para el Reglamento de estatuto de SE y artículo 54.2.g) TCEE (artículo 44.2 g) TCE) para la Directiva.

La base jurídica sobre la que descansan, finalmente, el Reglamento y Directiva aprobados por el Consejo el 8 de octubre de 2001, es el artículo 235 TCEE (artículo 308 TCE –actual artículo 352.1 del Tratado de funcionamiento de la UE–), siguiendo así la tesis del Consejo que estimaba que, dada la novedad que la SE introducía en el ordenamiento jurídico, dicha figura jurídica no podía adoptarse en función de las competencias atribuidas en los Tratados sin forzar su significado. El artículo 308 TCE viene, por tanto, a suplir la inexistencia de poderes de acción conferidos, expresa o implícitamente, a las instituciones comunitarias por disposiciones específicas del Tratado, en la medida en que dichos poderes resulten, no obstante, necesarios para que la Comunidad pueda ejercer sus funciones con vistas a lograr alguno de los objetivos previstos en el Tratado. Además, hay que tener en cuenta que la adopción de un acto normativo con esta base jurídica exige la unanimidad en el Consejo.

Sin embargo, debo destacar que con la utilización de este artículo como base jurídica para la aprobación tanto del RESE como de la Directiva sobre implicación de los trabajadores se ha acelerado el proceso de adopción de dichos textos, puesto que esta solución permitía eludir el mecanismo de codecisión del Parlamento. Lo cierto es que aunque el Parlamento tenía derecho a ser consultado, las modificaciones que introdujera quedaban siempre a expensas de su aceptación por el Consejo⁴⁵¹.

el certificado por un Tribunal, un Notario u otra autoridad competente acreditando el cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión (artículo 19 del RESE).

⁴⁵⁰ A tenor de lo dispuesto en el artículo 8.14, último párrafo, en lo tocante al cambio de sede social y, artículo 19, párrafo segundo, en lo que se refiere a la constitución de una SE por fusión. En opinión de SEQUEIRA MARTÍN, A., “Consideraciones sobre la fusión internacional de sociedades con especial referencia a las sociedades anónimas. Estudio del caso en la SE”, ya cit., pág. 476, “...las cautelas establecidas para evitar el abuso de su ejercicio ofrecen imprecisiones y lagunas que crean una inseguridad jurídica sobre los contornos de la figura y que deberían hacerse precisando más para evitar abusos de su utilización en la línea de lo que la jurisprudencia comunitaria ya ha ido haciendo frente a situaciones similares”.

⁴⁵¹ En cuanto a la fundamentación jurídica, véase MENJUCQ, M., “La société Européenne (règlement CE n° 2157/2001 et directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001), *Revue des sociétés*, (2), abril-junio 2002, pág. 226; DIVERIO, D., “La base giuridica del Regolamento relativo allo statuto della società europea”, *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, DRAETTA, U. y POCAR, F., (directores), Egea, Milán, 2002, págs. 51-59. Este autor, en las págs. 51-52, señala la importancia que tiene la elección de una adecuada base jurídica para la adopción de un acto legislativo comunitario, debiendo de tener en cuenta, por un lado, las competencias tanto de los Estados miembros como de la Comunidad y, por otro lado, la importancia que la elección de una determinada base jurídica implica en relación con la votación y obtención del consenso necesario para la aprobación del acto, que conlleva un grado diferente de implicación de determinadas instituciones y, especialmente, del Parlamento Europeo.

En cuanto a la legitimidad formal, la elección de la base jurídica constituye un elemento esencial e imprescindible: un desconocimiento o una elección errónea de la norma en la que se fundamenta el acto dará lugar a que este adolezca de un vicio sustancial que determinara su ilegalidad.

Según recoge el Considerando 29 de la Exposición de Motivos del RESE, la competencia por la que ha actuado la UE para la aprobación del estatuto de la SE, además de no estar prevista en los Tratados, es una competencia compartida con los Estados miembros y, por tanto, sujeta a los principios de subsidiaridad y proporcionalidad. La formulación de estos principios tuvo lugar en el Tratado de Maastricht⁴⁵².

El principio de subsidiaridad impone la necesidad de justificar la acción comunitaria y su eficacia y el principio de proporcionalidad la medida, intensidad o amplitud que debe tener dicha acción⁴⁵³.

3. MOTIVOS QUE IMPULSARON A LA CREACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA: EVOLUCIÓN

Considero que las diferentes propuestas de estatuto de SE han estado unidas, desde sus comienzos, al proceso de integración económica tendente a posibilitar el establecimiento y desarrollo de un Mercado Interior próspero y competitivo en el territorio comunitario, y a facilitar la efectiva puesta en marcha de las libertades comunitarias, entre las que se encuentra la libertad de establecimiento, de forma que se pueda garantizar a las empresas, que desarrollan su actividad a escala comunitaria, tanto su movilidad, como su reestructuración, reorganización y cooperación a dicha escala, superando, de esta forma, los límites nacionales⁴⁵⁴.

⁴⁵² En efecto, según lo establecido en el artículo 5 del TCE: “la Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiaridad, sólo 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. Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.

⁴⁵³ ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., págs. 37-38.

⁴⁵⁴ Tal y como señala MAGNIER, V., *Rapprochement des droits dans L'Union Européenne et viabilité d'un Droit commun des sociétés*, ya cit., págs. 277-278, las razones alegadas para justificar la necesidad de elaborar un estatuto de sociedad supranacional son diversas; la que constituye el objetivo principal del proyecto es la de establecer empresas a escala europea mediante fusión, creación de filiales o de *holding* comunes. Esta posibilidad responde a una preocupación, especialmente importante en esa época, la de la dimensión insuficiente de la mayoría de las empresas europeas a la luz de la competencia mundial. De manera más pragmática el proyecto respondía al deseo de las instituciones europeas de hacer frente a la competencia estadounidense e incluso japonesa que parecía dominar progresivamente en Europa. Además se añadían otros motivos, como el hecho de que la SE constituía un instrumento útil para la seguridad jurídica de las relaciones contractuales, contribuyendo, también, a facilitar el acceso al mercado de capitales y a favorecer la extensión de los negocios mediante el establecimiento de sociedades fuera de las fronteras nacionales. A mayor abundamiento, se posibilitaba la transferencia de la sede social sin pérdida de la personalidad; de hecho tal transferencia no sería más que una simple cuestión de formalidad, puesto que la legislación aplicable sería idéntica en todos los Estados miembros. Por otro lado se refutaron las posibles objeciones al proyecto motivadas por los trabajos llevados a cabo en materia de coordinación del Derecho de sociedades, puesto que de un examen detallado y estricto de los textos y en particular del artículo 54.3.g se llegaba a la conclusión de que su alcance es mucho menor que el de un estatuto de SE. QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico), *Estudios de Derecho mercantil europeo*, PÉREZ CARRILLO, E. F. (coordinadora), Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 149, manifiesta que en los primeros proyectos de estatuto de SE “se trataba de disponer de un instrumento capaz de cobijar jurídicamente una especie de «multinacionalidad europea» en condiciones de competir en el mercado con las multinacionales norteamericanas y japonesas, en creciente expansión y penetración ya entonces. El instrumento, presentado como la «gran empresa europea» sería un tipo de sociedad con forma de anónima, pero directamente comunitaria, conectada a una norma de vigencia supranacional, como es el Reglamento, y no sometida a ni mediatizada por los ordenamientos societarios nacionales. Una persona jurídica, en fin, de «nacionalidad europea», de «Derecho europeo», que, aunque apareciera físicamente

Ya el Memorándum de la Comisión Europea, de 22 de abril de 1966, sobre la creación de una Sociedad Comercial Europea⁴⁵⁵, hacía mención a que un proceso de armonización de los diversos ordenamientos jurídicos era largo y laborioso⁴⁵⁶, considerando que la forma jurídica de sociedad comercial de Derecho europeo, independiente de los Derechos nacionales, permitiría poner a disposición de los grupos industriales un tipo de sociedad transnacional capaz de competir a escala mundial⁴⁵⁷.

Los primeros Proyectos de 1970 y 1975, también hacían referencia, en su Exposición de Motivos, a la necesidad de dotar a los operadores económicos de los medios necesarios que les permitieran adecuar su estructura organizativa a las nuevas dimensiones comunitarias. La Comisión, al amparo del artículo 235 del TCEE, pretendía introducir con el Proyecto de 1975 un estatuto que posibilitara la creación de unidades económicas de carácter supranacional que, al permitir superar los obstáculos que dificultaban el aprovechamiento de la libertad de establecimiento y los que impedían la concentración de empresas en el ámbito comunitario, darían lugar a una verdadera integración económica en la CEE. Los citados obstáculos se resolverían de la siguiente forma: en cuanto a la movilidad, al constituirse y regirse la SE por normas comunitarias, su reconocimiento no podía plantear problemas en los Estados miembros; además la propuesta de estatuto imponía a los Estados miembros la obligación de asimilar la SE a las sociedades nacionales en cuanto a derechos y facultades; por lo que respecta al cambio de sede dentro de la Comunidad, sería asimilable a un cambio a escala nacional, puesto que al regirse la SE por un Derecho europeo el cambio de sede no supondría cambio de Derecho aplicable; asimismo, esta propuesta de estatuto permitía que la SE pudiera tener varias sedes sociales, incluso en distintos países de la CEE, sin tener que optar por la nacionalidad de ninguno de ellos, puesto que la SE sería europea⁴⁵⁸. Igualmente este proyecto de estatuto regulaba la constitución de una SE por fusión de sociedades de distintos Estados miembros, superando las dificultades jurídico-societarias que existían en las fusiones internacionales al no regularse en muchos Derechos nacionales este supuesto⁴⁵⁹. En consecuencia puede afirmarse que la SE, tal y como era concebida en el Proyecto de estatuto de 1975 constituía

ubicada en el Estado miembro de domicilio y desplegara su actividad en otros, no estaría regida por los Derechos nacionales de aplicación a las sociedades de cada país que, en aquel momento, y teniendo en cuenta que el proceso de armonización por Directivas acababa de comenzar en 1968, aparecían aún escasamente uniformes y poco favorecedores de procesos de integración económica”.

⁴⁵⁵ Publicado en *Rivista delle società*, 1966, págs. 1095-1122 y que ha sido objeto de estudio en el Capítulo primero, apartado II, punto 4 de esta Tesis, a cuyo contenido me remito.

⁴⁵⁶ Véase *Rivista delle società*, 1966, pág. 1110 donde se recoge “*Cette méthode, par son ambition même, puisqu’elle concerne tous les types de sociétés, ne peut manquer d’être assez longue et assez laborieuse...*”.

⁴⁵⁷ Véase *Rivista delle società*, 1966, págs. 1121-1122 donde se señala que “*...la forme juridique de la société commerciale de droit européen, qui étendrait les avantages importants que la proposition du gouvernement français permettrait déjà d’obtenir, est pleinement conforme à l’évolution qui se dessine en faveur de la création d’entreprises européennes disposant d’égaux moyens d’accès aux facteurs de production dans tous les Etats et susceptibles de faire face à la concurrence des premières entreprises du monde*”.

⁴⁵⁸ En efecto, el artículo 5 del Proyecto de estatuto de SE de 1975 establecía:

“1. El domicilio de la SE será el del lugar designado por sus estatutos. Este lugar deberá estar situado en el interior de la Comunidad Económica Europea.

2. Los estatutos podrán señalar varios domicilios”.

⁴⁵⁹ El Proyecto de estatuto de SE de 1975, dedicaba los artículos 21 a 28 a la regulación de la constitución de una SE por fusión, determinando los trámites que debían seguir las sociedades nacionales para llevarla a cabo. El artículo 21 se ocupaba de definir lo que se entendía por constitución de una SE mediante fusión y debemos de ponerlo en relación con el artículo 2.1 relativo a las modalidades de constitución de las SE que, a tales efectos determinaba que para la constitución de una SE por fusión se requería que al menos dos de las sociedades anónimas constituyentes estuvieran sujetas a legislaciones nacionales diferentes.

un instrumento jurídico adecuado para superar los obstáculos psicológicos y jurídico-societarios que dificultaban la movilidad y la concentración de empresas en la CEE⁴⁶⁰.

Las negociaciones sobre el proyecto de estatuto de la SE se suspendieron en 1982, recibiendo un nuevo impulso en 1985 con la publicación del Libro Blanco de la Comisión sobre la finalización del Mercado Interior, que consideraba a la SE como un instrumento adecuado para la realización de dicho mercado. El punto 137 sobre cooperación industrial establecía claramente que “la realización del Mercado Interior necesita de estructuras específicas para las empresas” que se funden “en un Derecho independiente de los Estados miembros para evitar el cierre de los mercados nacionales en el interior de la Comunidad”; añadiendo que “el instrumento apropiado para lograrlo es la SE, fundada en un Derecho europeo”. En este mismo sentido, el Consejo Europeo, que tuvo lugar en Bruselas los días 29 y 30 de junio de 1987, invitó a las instituciones a hacer “rápidos progresos en lo relativo a las adaptaciones del Derecho de sociedades que permita la creación de una sociedad de Derecho europeo”. Con posterioridad y bajo la presidencia de Jacques Delors, la Comisión presentó, en julio de 1988, un Memorándum⁴⁶¹ sobre Mercado Interior y Cooperación Industrial. Estatuto de la SE, dirigido al Parlamento, al Consejo y a los interlocutores sociales para desarrollar el punto 137 del Libro Blanco sobre Mercado Interior⁴⁶². Como consecuencia de todo ello, la Comisión presentó el Proyecto de estatuto de 1989 en el que la motivación para la creación de la SE al servicio del Mercado Interior seguía viva, la SE continuaba siendo un instrumento comunitario de cooperación transfronteriza a disposición de las empresas. A posteriori y después de que tanto el Comité Económico y Social como el Parlamento Europeo presentaran sus dictámenes sobre la SE, la Comisión presentó una nueva propuesta modificada en 1991.

A pesar de que el estatuto de SE definitivamente aprobado se diferencia de las iniciales propuestas de los años setenta en que no establece una regulación exhaustiva de la figura (debemos tener en cuenta que el panorama, tanto económico, como jurídico ha variado desde los primeros proyectos, en el plano económico se ha instaurado la Unión Económica y Monetaria y en el jurídico se ha alcanzado una amplia armonización en muchos temas relativos al Derecho de sociedades), sigue manteniéndose la motivación de su creación como instrumento adecuado para llevar a cabo operaciones de cooperación y concentración empresariales a escala comunitaria, así como, para posibilitar la movilidad de las empresas mediante el traslado de la sede social de un Estado a otro dentro de la UE sin extinción de la personalidad jurídica⁴⁶³.

⁴⁶⁰ ZURITA y SÁENZ DE NAVARRETE, J., “La integración económica en la CEE y el acceso a la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., págs. 42-44.

⁴⁶¹ En relación con este memorándum de 1988, MAGNIER, V., *Rapprochement des droits dans L’Union Européenne et viabilité d’un Droit commun des sociétés*, ya cit., pág. 279, manifiesta que más allá de los argumentos jurídicos subyace en el proyecto de SE una voluntad política y que el Memorándum de la Comisión en 1988 reitera con fuerza el principio de un estatuto basado en Derecho europeo (y por tanto independiente de los Derechos nacionales) y se presentó como una expresión de una iniciativa política. En este sentido la sociedad de Derecho europeo sería un símbolo que se correspondería con la idea de un mercado único. La creación de una sociedad de este tipo contribuiría a formar, entre los nacionales de los Estados miembros, la conciencia de una unidad económica e incluso política de la Comunidad, lo que hace que la SE sea mucho más que un instrumento jurídico al servicio de las empresas y constituya, además, un instrumento político en manos de la Comisión.

⁴⁶² Véase ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 28. Tanto el libro blanco, como el Memorándum de 1988 han sido objeto de estudio en el Capítulo primero, apartado II, puntos 3 A y 3 B de esta Tesis, a los cuales me remito.

⁴⁶³ Véase LARGO GIL, R., “La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)”, ya cit., pág.101. Por su parte, QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico)”, ya cit., pág. 152, dice que todo el conjunto de referencias, directa y textualmente extraídas de los

Estimo, por tanto, que se mantiene a lo largo del proceso histórico de la SE la motivación de la figura como instrumento jurídico adecuado a las exigencias estructurales de un mercado comunitario que sea competitivo a nivel mundial, permitiendo, además, la canalización de operaciones de cooperación y reestructuración intracomunitaria y facilitando la libertad de establecimiento⁴⁶⁴, si bien considero que el texto definitivamente aprobado contiene una unificación normativa de mínimos y, en consecuencia, prima la función de la SE como instrumento jurídico que se pone a disposición de los operadores económicos con carácter facultativo, pero enormemente facilitador, para las operaciones de reestructuración, concentración y colaboración transnacional de las sociedades de los diferentes Estados miembros y que va a permitir el desarrollo de sus actividades empresariales en el marco económico de la UE.

En este mismo sentido se manifiesta la doctrina jurídica en cuanto a los motivos que llevaron a las autoridades europeas a la creación de la SE, seguidamente citaré la opinión de diversos autores al respecto:

De la lectura de la Exposición de Motivos del RESE se desprenden importantes razones que motivan la creación de la SE. La necesidad de reestructurar a escala comunitaria las unidades de producción mediante la creación y gestión de sociedades de dimensión europea, que en el plano empresarial garanticen una correspondencia mínima entre unidad económica y unidad jurídica en el interior de la Comunidad. La culminación del Mercado Interior y la mejora de la situación económica y social que la misma debe fomentar en el conjunto de la UE implican la constitución, junto a las sociedades de Derecho nacional, de sociedades cuya formación y funcionamiento estén regulados por un reglamento de Derecho comunitario directamente aplicable en la totalidad de los Estados miembros. A lo largo del proceso histórico de conformación del estatuto jurídico de la SE ha estado presente, con unos u otros matices, el objetivo último de elaborar una estructura organizativa acorde con las nuevas exigencias del mercado único y de la competencia económica internacional, hasta el punto de que dicho objetivo ha terminado aglutinando y dando unidad de sentido a las diferentes propuestas normativas elaboradas durante estos años.

Se requiere, además, que las empresas ya existentes en los distintos Estados miembros tengan la posibilidad de unir sus fuerzas mediante operaciones de concentración, fusión y transformación, eliminando los actuales obstáculos. A pesar de que en los años setenta primaban las exigencias de integración económica del Mercado Común y que en los ochenta adquirió gran relevancia la defensa frente a la competencia norteamericana y japonesa, siempre ha estado presente el interés de facilitar la cooperación entre los operadores económicos de los diferentes Estados miembros y de promover la concentración de capitales y fuerzas de trabajo. El desarrollo del sistema económico mundial implica la necesidad de hacer frente a las nuevas exigencias impuestas por la libre competencia en los

Considerandos del RESE, “apuntan de manera expresa hacia esa conexión de la nueva figura societaria con finalidades jurídico económicas a nivel comunitario”.

⁴⁶⁴ Estos argumentos son los empleados en los Considerandos primero a séptimo de la Exposición de Motivos del RESE, donde se hace referencia a la realización del Mercado Interior resultando necesario, a tan fin, llevar a cabo determinadas operaciones de reestructuración y cooperación empresarial en las que, al intervenir empresas de distintos Estados miembros, se tropieza con dificultades de orden jurídico, fiscal y psicológico; se señala que la armonización no puede solucionar, en su totalidad, dichas dificultades puesto que, en todo caso, siempre se deberá de escoger una forma de sociedad regulada por un ordenamiento jurídico determinado, por tanto, “resulta esencial establecer, tanto como sea posible, una correspondencia entre la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa en la Comunidad” y por consiguiente se considera “conveniente prever la constitución, junto a las sociedades de Derecho nacional, de sociedades cuya formación y funcionamiento estén regulados por un Reglamento de Derecho comunitario, directamente aplicable en todos los Estados miembros”, lo que permitirá “la creación y gestión de sociedades europeas, sin que los obstáculos derivados de la disparidad y de la aplicación territorial limitada de las legislaciones nacionales aplicables a las sociedades mercantiles puedan impedir o dificultar tales operaciones”.

mercados internacionales, haciendo necesaria la reestructuración de los factores productivos para adecuarlos a las dimensiones de la UE, motivando la necesidad de constituir sociedades sujetas a una disciplina única, válidas en todo el territorio de la UE, cuyas normas vengán interpretadas y aplicadas de modo uniforme en el interior de la Comunidad. La creación de la SE aparece así asociada a los fenómenos de concentración empresarial –y, en particular, de reestructuración societaria– de carácter transnacional⁴⁶⁵.

El desenvolvimiento del sistema económico mundial con la consiguiente necesidad de hacer frente a las nuevas exigencias del mercado y a la competencia internacional, necesita un órgano societario europeo que facilite la cooperación entre los operadores económicos pertenecientes a países diversos, promoviendo la concentración de capitales y racionalizando las fuerzas de trabajo, o sea, una reestructuración de los factores productivos adecuada a las dimensiones de la Comunidad⁴⁶⁶. Así pues, la creación de la SE aparece asociada a los fenómenos de reestructuraciones societarias de alcance transnacional, como instrumento incuestionable en la actualidad, según resulta de los Considerandos del RESE⁴⁶⁷.

A diferencia de la AEIE, que no constituye de suyo un instrumento de concentración empresarial, sino una fórmula para la cooperación transfronteriza en sectores como la investigación, distribución o publicidad, la legitimación de esta figura se anuda desde sus inicios a determinadas exigencias estructurales del mercado de carácter específicamente comunitario, en particular la libertad de establecimiento y la posibilidad de cooperación industrial y financiera⁴⁶⁸. Esta nueva figura societaria va a favorecer la creación de empresas multinacionales de carácter europeo, a partir de la concentración y/o colaboración entre empresas de diversos Estados miembros, que hasta ahora encontraban importantes dificultades para la realización de fusiones internacionales, así como para el traslado de sede de un Estado miembro a otro. Parece que a pesar de las variaciones, que a lo largo del proceso histórico de creación de la SE se han producido en su articulado, se mantienen los objetivos iniciales de la figura al servicio del derecho de establecimiento de las personas jurídicas⁴⁶⁹.

La motivación en cuanto a la creación de la SE, a tenor de lo dispuesto en el preámbulo del RESE, ha de concebirse más como la plasmación o traducción jurídica de legislador comunitario de superar la política de coordinación y de proponer u ofertar un nuevo instrumento jurídico específico y opcional propiamente europeo adecuado o ajustado al marco económico de la UE, de carácter privado y destinado o dirigido a sumarse a las opciones legales ya previstas o contempladas por los distintos Derechos nacionales, y no como una reforma en profundidad del Derecho de los Estados miembros⁴⁷⁰.

La SE, desde las propuestas iniciales, se ha concebido como un instrumento de la integración europea protagonizado por las grandes empresas⁴⁷¹.

⁴⁶⁵ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas”, ya cit., págs. 24-25.

⁴⁶⁶ FIMMANÒ, F., “Società Europea: ultimo atto”, *Rivista delle società*, 1994, pág. 1001.

⁴⁶⁷ LARGO GIL, R., “La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)”, ya cit., pág. 103

⁴⁶⁸ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas”, ya cit., pág. 26.

⁴⁶⁹ VELASCO SAN PEDRO, L. A. y SÁNCHEZ FELIPE, J. M., “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, ya cit., pág. 34.

⁴⁷⁰ SAGASTI AURREKOETXEA, J. J., “La constitución de la «Societas Europaea-SE»”, ya cit., págs. 115-116.

⁴⁷¹ ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, ya cit., pág. 143.

El RESE, nace con el objetivo fundamental de que el derecho de establecimiento que el Tratado de la Unión reconoce a los operadores económicos no quede limitado, como hasta hoy, al establecimiento secundario, que se concreta en la constitución de filiales y en la apertura de sucursales o agencias, sino que, por el contrario, se haga igualmente real y efectivo para el establecimiento primario, en términos tales que la disparidad de legislaciones nacionales no constituya obstáculo para las fusiones transfronterizas y el traslado del domicilio social dentro del territorio de la Unión. El instrumento elegido ha sido la SE⁴⁷².

Detrás de la elaboración de un estatuto jurídico comunitario para la SE se sitúa el evidente interés de las instituciones comunitarias en dotar a los comerciantes que operan en el mercado comunitario de formas jurídicas apropiadas para el proceso de integración europeo que, a su vez, contarán con suficiente dimensión como para poder competir con los grandes grupos multinacionales de empresas que funcionan en el mercado mundial. De este modo se puede decir que con esa figura se da un nuevo e importante paso hacia la realización de un Derecho europeo de sociedades que incide, como veremos, de manera particular en su movilidad intracomunitaria, al ocuparse específicamente de los problemas que plantea su transferencia de sede social en el interior del mercado europeo⁴⁷³.

4. INFLUENCIA DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN LA CREACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA: MOTIVOS POR LOS QUE FRACASARON LOS ANTERIORES PROYECTOS.

El Proyecto de estatuto de 1970 recogía una regulación exhaustiva de la SE claramente influenciada por el Derecho germánico, pretendía crear una figura regida por un Derecho comunitario de carácter europeo e independiente de los Derechos nacionales de los Estados miembros. Las únicas remisiones a las legislaciones nacionales estaban relacionadas con asuntos fiscales y penales. La propuesta hacía referencia a la regulación sobre los grupos de sociedades, e incluso contenía algunas consideraciones de orden fiscal⁴⁷⁴; preveía la creación de un registro europeo de sociedades y, además, imponía con carácter obligatorio el sistema dualista, en cuanto a la administración de la sociedad, e introducía a los representantes de los trabajadores en el órgano de vigilancia de dicho sistema, según el modelo alemán (*Mitbestimmung*)⁴⁷⁵. En 1975 la Comisión presentó una propuesta modificada del estatuto de la SE, después de tomar en consideración los dictámenes del Comité Económico y Social y del Parlamento Europeo. El nuevo proyecto no difería prácticamente del anterior; si acaso, presentaba una regulación de los grupos de sociedades más osada, propugnaba el denominado modelo orgánico, según el cual se aplica

⁴⁷² FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., “El futuro del derecho de sociedades en Europa: A propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., pág. 1.

⁴⁷³ PALAO MORENO, G., *El traslado del domicilio social de la Sociedad Anónima Europea*, ya cit., pág. 79.

⁴⁷⁴ Contemplaba la posibilidad de compensar las pérdidas de los establecimientos permanentes situados en otros Estados miembros. También, el artículo 278 del Proyecto de estatuto de 1975 recogía esta posibilidad en su apartado 2, donde se determinaba que “2. Cuando del conjunto de los resultados de un período impositivo de los establecimientos estables de una SE situados en ese Estado aparezca una pérdida, ésta será deducible de los beneficios de la SE sujetos a impuesto en el Estado del que sea residente desde el punto de vista fiscal”.

⁴⁷⁵ El sistema dualista se basa en la división de poderes y se compone de dos órganos de administración, un órgano de dirección encargado de la gestión y un órgano de vigilancia encargado del control de la gestión que le viene encomendada al órgano de dirección y que en ningún caso podrá ejercer directamente el poder de gestión. Lo cierto es que, tanto la materia relativa a los órganos de administración, como la regulación de la participación de los trabajadores en la SE constituyeron los principales escollos con los que tropezaron los diversos proyectos de estatuto de la SE para su aprobación.

el régimen jurídico de los grupos cuando consta su existencia en un sentido económico. En virtud de este modelo, existe un grupo de sociedades cuando hay un vínculo de control entre sociedades que posibilita el ejercicio de la dirección unitaria por la dominante respecto de las dominadas. El hecho de imponer la regulación propia de los grupos simplemente por constatar una situación de control entre sociedades aumentó los recelos que ya despertaba esta nueva figura societaria⁴⁷⁶.

La originalidad y la rigidez de las soluciones de estos primeros proyectos de SE, que fueron uno de los principales motivos de atractivo y función simbólica para muchos estudiosos del Derecho comunitario de sociedades, se convirtieron en la principal causa de recelo en otros juristas y asesores de empresas, levantando suspicacias en algunos ámbitos sociales que motivaron un contundente rechazo por parte de las organizaciones empresariales. Por otra parte los Estados miembros se negaban a aceptar modelos foráneos (principalmente procedentes del Derecho alemán), como era la imposición de una estructura dualista de administración y de un sistema de participación consistente en la introducción de los representantes de los trabajadores en el órgano de vigilancia. A todo ello, había que añadir los temores que esta nueva figura societaria despertaba en los Estados miembros, por el riesgo de que su implantación supusiera una deslocalización de las grandes sociedades. Ante estas reacciones y dificultades se suspenden las negociaciones en el seno del Consejo a la espera de que el avance del proceso de armonización de los Derechos nacionales de sociedades, propiciara un desbloqueo de la situación⁴⁷⁷.

Con la aprobación del Acta Única Europea en 1986, recién incorporadas Portugal y España a una Comunidad ampliada a doce, se vuelven a retomar los intentos para la creación de la SE, el objetivo se marca en llegar en 1992 a la consecución de un Mercado Interior europeo, así se recogía en el Memorándum presentado por la Comisión el 15 de julio de 1988. Con el fin de tratar de superar las dificultades con que se habían encontrado los anteriores proyectos, en 1989 se produce un desdoblamiento de materias, presentando la Comisión, por un lado, una propuesta de Reglamento del Consejo por la que se establecía el estatuto de la SE y por otro, una propuesta de Directiva del Consejo por la que se completaba el estatuto de la SE en lo relativo a la posición de los trabajadores⁴⁷⁸. En este Proyecto de 1989 se procedía a la resolución de los temas que habían sido objeto de controversia en los anteriores proyectos, mediante la eliminación de los mismos en unos casos (tratamiento que fue dispensado a la materia relativa a la regulación de los grupos de sociedades), y en otros casos mediante la edulcoración (solución que se adoptó en materia de órganos permitiendo la opción entre el sistema dualista y monista de administración). En cuanto a la regulación de la SE (en aras a vencer la resistencia expresada por los Estados miembros en cuanto a la aplicación de Derechos foráneos) se preveía su sujeción a un Derecho comunitario, pero integrado en gran medida por el Derecho interno del Estado del domicilio social.

El tratamiento dispensado a la materia relativa a la implicación de los trabajadores en la SE, que fue objeto de la propuesta de Directiva, se flexibilizó teniendo en cuenta la diversidad de situaciones existentes en los Estados miembros, pudiéndose optar entre los tres sistemas vigentes en esos momentos:

⁴⁷⁶ ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 27.

⁴⁷⁷ ESTEBAN VELASCO, G., "El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea", ya cit., pág. 144.

⁴⁷⁸ Obsérvese que se suaviza la terminología empleada, en efecto, se hace referencia, en esta propuesta de directiva, a la "posición" de los trabajadores, obviándose la utilización del término participación.

- Sistema de participación de los trabajadores en los órganos sociales: los trabajadores estaban representados en el órgano de vigilancia u órgano de administración⁴⁷⁹. Este sistema era seguido en Alemania, Luxemburgo y Países Bajos.

- Sistema de Comité de empresa: se creaba un órgano distinto de representación de los trabajadores⁴⁸⁰. Este era el sistema seguido en Francia y Bélgica.

- Sistema de negociación entre la sociedad y los trabajadores para determinar la implicación de éstos en la empresa. Sistema seguido en Reino Unido, Irlanda e Italia.

A falta de acuerdo se aplicarían a la SE unas normas estándar que asegurarían, al menos, los derechos de información y de consulta a los trabajadores⁴⁸¹.

Tras los dictámenes del Comité Económico y Social y del Parlamento Europeo, la Comisión presentó, en 1991, nuevas propuestas modificadas del Reglamento (donde se incrementaron las remisiones a los Derechos nacionales) y de la Directiva. El Consejo de Mercado Interior, del que pasó a depender la aprobación del Proyecto desde 1991, logró en noviembre de 1992 un consenso en cuanto al requisito mínimo de capital social⁴⁸² y respecto a las reglas sobre quórum y mayorías en la toma de decisiones de la SE, pero nuevamente se produjo un bloqueo por falta de acuerdo en cuanto a la posición de los trabajadores. En la década de los noventa las principales cuestiones pendientes de acuerdo, que seguían paralizando la aprobación del estatuto de la SE, eran: en el plano constitucional, el problema de la base jurídica; en el plano laboral, el asunto de la implicación de los trabajadores; y en el plano societario, la cuestión de la opción por la sede real o estatutaria, el nivel de garantías para los socios o terceros en caso de traslado de sede social y la posibilidad de acceso de las sociedades anónimas nacionales al estatuto de la SE por transformación⁴⁸³.

En abril de 1993, el Consejo de Mercado de Interior inició un debate político sobre la propuesta de estatuto de la SE y la temática concerniente a la participación de los trabajadores en el seno de la SE. Después de quince sesiones se llegó a poner en duda la oportunidad de dicha propuesta por parte de algunas delegaciones, entre las que se encontraban Reino Unido, Alemania y, en menor grado, Irlanda. No obstante, se alcanzó la mayoría suficiente para poder dar continuidad a los trabajos necesarios para posibilitar la creación de la SE. La oposición mayor se produjo en relación con la participación de los trabajadores en el seno de la SE. Para Alemania sólo era admisible un sistema de cogestión y ninguna equivalencia entre este modelo y los demás modelos propuestos fue reconocida por dicho país (además, contaba con el apoyo de Holanda y Luxemburgo dónde también estaba en vigor el sistema de cogestión); otros Estados sin tradición de participación, como Reino Unido y Portugal, trataban de defender sus propios sistemas y tradiciones y rechazaban cualquier sistema que fuera más allá de la información y consulta.

⁴⁷⁹ En efecto el artículo 4 del Proyecto de Directiva de 1989, establecía que “los miembros del órgano de vigilancia o del órgano de administración serán nombrados:

- bien... por los trabajadores de la SE o sus representantes en la sociedad.

- bien por cooptación por este último...”.

⁴⁸⁰ Según lo dispuesto en el artículo 5.1 del Proyecto de Directiva de 1989, “un órgano propio representará a los trabajadores de la SE. El número de miembros de dicho órgano y las modalidades de su elección o de su designación se fijarán en los estatutos de acuerdo con los representantes de los trabajadores de las sociedades fundadoras establecidos por la legislación o la práctica de los Estados miembros”.

⁴⁸¹ A tenor de lo previsto en el artículo 6.1 del Proyecto de Directiva de 1989, “podrán establecerse otros modelos distintos de los indicados en los artículos 4 y 5 mediante convenio celebrado entre los órganos de dirección o de administración de las sociedades fundadoras y los trabajadores o sus representantes en estas sociedades”.

⁴⁸² Se fija el capital mínimo en 120.000 ecus, frente a los 100.000 que fijaba el Proyecto de 1989.

⁴⁸³ ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, ya cit., pág.

Por su parte, la industria también mostró interés en el proyecto de la SE. El grupo inglés *British Petroleum* y otras veinticinco empresas más realizaron en 1993-1994 una campaña en favor de la SE, para ello buscaron el apoyo de la *Table Ronde des Industriels Européens*⁴⁸⁴, que en 1989 ya se había pronunciado a favor de la SE. En 1995 se elaboró por el grupo de trabajo sobre competitividad (*Competitiveness Advisory Group*), reunido por la Comisión para la cumbre Europea de Cannes, el informe *Ciampi*, en él se decía que el Mercado Interior no podría lograrse mientras las sociedades no pudieran operar en el territorio de la Comunidad de una manera más simple y eficaz, considerando que, a estos efectos, era importante la aprobación de un estatuto de SE. La Comisión, haciendo suyas las conclusiones del informe *Ciampi*, emitió una Comunicación resaltando la importancia de la SE para la plena realización del Mercado Interior.

Entre tanto, las cuestiones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE seguían bloqueando la aprobación de un Estatuto de SE. En aras a buscar una solución factible la Comisión, el 14 de noviembre de 1995, aprobó una Comunicación proponiendo diferentes opciones y solicitando opinión sobre las mismas al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, así como a los agentes sociales. Las opciones propuestas eran tres, la primera consistía en la adopción de un nuevo marco comunitario para la información y consulta de los trabajadores a escala nacional; la segunda consistía en aplicar el mecanismo relativo al Comité de empresa europeo previsto en la Directiva; la tercera opción preveía la creación de un grupo de expertos que estudiara los problemas planteados y buscara una solución factible. Finalmente, se creó un grupo de expertos de alto nivel bajo la presidencia de Etienne Davignon⁴⁸⁵. En 1997, el grupo presentó sus conclusiones en un informe que es conocido como el Informe *Davignon*, Lo primero que se proponía en dicho informe era la renuncia a un régimen uniforme de implicación de los trabajadores en la SE⁴⁸⁶ y se ofrecía una solución alternativa, previamente se intentaría una solución negociada entre las partes afectadas⁴⁸⁷ y en el supuesto de que no pudiera

⁴⁸⁴ La *Table Ronde des Industriels Européens* era una organización de industriales creada en 1983, con el objetivo de relanzar la economía europea y mejorar su competitividad de cara al exterior.

Según señala GÉRARD DE SÉLYS, “L’écologie, grand marché du XXI^e siècle”, pág. 6, http://www.unil.ch/webday/site/fae/shared/Dossiers_chauds/Bologne/MD-Juin2008.pdf, la *Table Ronde des Industriels Européens* agrupaba cuarenta y siete de los más importantes dirigentes industriales europeos; entre ellos: Jérôme Monod (Suez-Lyonnaise des eaux), Louis Schweitzer (Renault), Alain Joly (Air Liquide), Jean-René Fourtou (Rhône-Poulenc), Jean-Louis Beffa (Saint-Gobain), Etienne Davignon (Société générale de Belgique), François Cornélis (Petrofina), Carlo De Benedetti (Cofide-Cir), Mark Wössner (Bertelsmann). Para más información sobre la *Table Ronde des Industriels Européens* puede consultarse su página web en: <http://www.ert.be/home.aspx>, donde se señala a esta organización como “la defensora de las políticas, tanto a nivel nacional y europeo, que ayudan a crear las condiciones necesarias para mejorar el crecimiento europeo y el empleo”.

⁴⁸⁵ El grupo de expertos que se creó sobre sistemas europeos de implicación de los trabajadores fue presidido por Etienne Davignon (que había sido Vicepresidente de la Comisión). En dicho grupo participaban los funcionarios de la Comisión encargados del reglamento y de la directiva, procedentes de las Direcciones Generales de Mercado Interior y Empleo y Asuntos Sociales respectivamente y contaba también, entre sus miembros, con representantes de organizaciones sindicales europeas como la Confederación europea de sindicatos (UNICE).

⁴⁸⁶ El grupo quedó sorprendido por la diversidad de modelos nacionales de información, consulta y participación de los trabajadores existentes en los Estados miembros, representativos de la diversidad de culturas y ordenamientos de difícil armonización. En la opinión expresada por la Comisión de empleo y Asuntos Sociales sobre el informe *Davignon*, se constataba en el apartado II. A. b) que “la diversidad de sistemas de implicación de los trabajadores y la especificidad de los sistemas de participación excluyen la armonización general en este ámbito. Un simple vistazo a los cuadros que contiene el anexo II del informe final da, en efecto, la medida de la dificultad de un intento en este sentido”. Véase la pág. web: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1997-0354+0+DOC+XML+V0//ES>.

⁴⁸⁷ La función primordial de la norma comunitaria sería la de organizar el proceso de negociación. En el informe de 6 de noviembre de 1997 sobre el informe final del grupo de expertos “sistemas europeos de participación de los trabajadores (informe *Davignon*) (C4-0455/97), se recogía en el punto 4 de la propuesta de

alcanzarse un acuerdo se preveían una serie de disposiciones subsidiarias obligatorias (medidas de referencia) que determinarían el régimen aplicable. Aunque este informe sirvió de base para continuar con las negociaciones sobre esta materia, no tuvo una acogida unánime. Siete Estados miembros, con Alemania a la cabeza, lo rechazaron, puesto que consideraban que la representación de los trabajadores, resultante de la aplicación de los sistemas propuestos, era muy pequeña comparativamente con la prevista en su ordenamiento jurídico que, a estos efectos, preveía el derecho de los trabajadores a designar a la mitad de los miembros del órgano social correspondiente; por su parte, ocho Estados, que no contemplaban en sus ordenamientos jurídicos sistemas de participación de los trabajadores en los órganos sociales, seguían considerando injusto que, como consecuencia de la aplicación de las medidas de referencia, se vieran obligados a la inclusión de los mismos en las SE.

Durante la presidencia británica en 1998, se propuso por Lord Simon una fórmula, conocida como “antes-después”, para regular el contenido de las medidas de referencia, que consistía en respetar los derechos adquiridos, de tal forma que si los trabajadores no tenían derecho de participación en las empresas constituyentes de la SE, no era necesario organizar tal derecho en ésta; sí, por el contrario, tenían ese derecho, debía respetarse. En consecuencia, debía fijarse qué porcentaje de trabajadores era necesario tener antes (con derechos de participación), para que después se pudiera imponer un régimen de participación en la SE, y se estableció que en los casos de SE-*holding* o SE-filial común se exigiera la mayoría, al no implicar este tipo de operaciones societarias la desaparición de las sociedades constituyentes; esta propuesta fue aceptada por los quince Estados miembros. El problema se presentó en el caso de constitución de una SE por fusión, Alemania apoyada por Dinamarca, Suecia, Finlandia, Holanda, Luxemburgo y Austria, estimaba que dado que esta operación suponía la desaparición de las sociedades constituyentes (pasando los trabajadores a formar parte de la nueva SE), se debía exigir un porcentaje anterior inferior. Para España (apoyada al principio por algunos Estados, como Francia) resultaba inaceptable que una minoría impusiera su sistema de participación a la mayoría. El 2 de diciembre de 1998 se fijó el porcentaje anterior, en los supuestos de creación de una SE por fusión, en un veinticinco por ciento; dicha propuesta fue aceptada por catorce Estados miembros, pero España siguió vetando la propuesta⁴⁸⁸.

Los acuerdos de la conferencia intergubernamental de Niza, en diciembre de 2000, pusieron fin a la situación de bloqueo, llegándose a una solución definitiva sobre la posición de los trabajadores a cambio de algunas contrapartidas en otros sectores⁴⁸⁹ y de algunos ajustes en el contenido de la Directiva⁴⁹⁰. El 20 de diciembre de 2000, en un Consejo

resolución que “manifiesta su convencimiento de que sólo mediante el recurso a la flexibilidad y a soluciones negociadas por parte de los interlocutores sociales de la futura SE o bien de las sociedades en formación podrán tenerse en cuenta las estructuras especiales de la empresa o el grupo y las diversas tradiciones de codeterminación de los Estados miembros de la UE”. Véase la pág. web: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1997-0354+0+DOC+XML+V0//ES>.

⁴⁸⁸ Para el empresariado español resultaba inconcebible e inaceptable admitir que una SE pudiese estar inscrita en España y conferir derechos de gestión de la empresa a los trabajadores.

⁴⁸⁹ Durante el Consejo Europeo de Niza se logró alcanzar un acuerdo político. España levantó el veto a cambio de importantes subsidios para la flota pesquera española. GARCÍA RIESTRA, M., “La sociedad anónima Europea”, ya cit., págs. 15-16.

⁴⁹⁰ Se trataba de incluir una regla que autorizase a no aplicar las disposiciones de referencia relativas a la participación de los trabajadores en los casos de fusión. El compromiso alcanzado con España permitía evitar la localización en la misma de una SE que confiriera derechos de participación en la gestión de la empresa a los trabajadores. El punto 22 de las conclusiones de la Presidencia del Consejo señalaba que: “el Consejo Europeo expresa su satisfacción por el acuerdo alcanzado en torno a los aspectos sociales de la SE. Este acuerdo que tiene en cuenta las diversas situaciones que se registran en los Estados miembros en materia de relaciones sociales, otorgará a éstos la facultad de incorporar o no a su Derecho nacional las disposiciones de referencia sobre participación aplicables a las SE constituidas mediante fusión. Para que una SE pueda ser

especial, se aprobaron los textos del Reglamento y de la Directiva, si bien, se produjo un cambio en la base jurídica de las propuestas, recurriendo al artículo 308 TCE (actual artículo 352.1 del Tratado de funcionamiento de la UE) que no requería la aprobación del Parlamento Europeo sino que, simplemente, exigía que se le consultara. El Parlamento se molestó por lo que consideraba un despojo de sus competencias y amenazó con impugnar los acuerdos adoptados, aunque a posteriori reconoció la naturaleza política de los acuerdos y decidió no plantear recurso⁴⁹¹.

5. NATURALEZA Y FUNCIONES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

Después del amplio estudio realizado en torno al largo proceso seguido por la SE hasta su aprobación, puedo afirmar que su naturaleza inicial ha quedado francamente desvirtuada⁴⁹². Su regulación por normas de auténtica naturaleza comunitaria se mantiene en escasas materias, estas son: las relativas a los modos de constitución, traslado de domicilio social, régimen de gobierno y régimen de implicación de los trabajadores.

Por tanto, la voluntad del legislador comunitario es proponer un nuevo instrumento jurídico destinado a sumarse a las opciones ya previstas por los Derechos nacionales y no reformar en profundidad el Derecho de los Estados miembros⁴⁹³.

Sin duda, los avances logrados en la armonización del Derecho de sociedades, vía directivas, permiten la remisión de determinados aspectos del régimen de la SE a los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros, armonización que actualmente sigue en marcha, por lo que se espera en un futuro un mayor grado de coincidencia entre las diferentes legislaciones nacionales. Además, debemos tener en cuenta que el propio RESE permite optar entre los diversos modelos de SE lo que, sin duda, provocará una competencia entre legislaciones con el fin de atraer a los operadores económicos, con el peligro que dicha competencia puede entrañar produciendo igualaciones de sistemas a la baja con la promulgación de normas menos protectoras y por tanto, con la consiguiente disminución de garantías y cautelas que normalmente afectan a los más débiles económicamente, corriendo el riesgo de que se traslade a Europa el conocido “efecto *Delaware*”, que provoca y distorsiona la diversidad legislativa societaria en los Estados Unidos⁴⁹⁴. En realidad, puede

registrada en un Estado miembro que no haya incorporado a su Derecho nacional estas disposiciones de referencia, será preciso que se haya celebrado un acuerdo sobre las modalidades de la implicación de los trabajadores, incluida la participación, o que ninguna de las sociedades participantes haya estado sometida a normas de participación con anterioridad al registro de la SE. Sobre esta base, el Consejo Europeo invita al Consejo a ultimar los textos que permitan crear el Estatuto de la SE antes de que finalice el año”. Se introdujo, en consecuencia, la denominada cláusula *opting out*. Ahora bien, he de señalar que, a pesar de que dicha cláusula fue introducida a instancias del Estado español, nuestro legislador no ha hecho uso de la misma.

⁴⁹¹ Véase GARCÍA RIESTRA, M. “La sociedad anónima Europea”, ya cit., pág. 17; ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., págs. 26-35; MENJUCQ, M., “La société Européenne (règlement CE nº 2157/2001 et directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001)”, ya cit., págs. 227-228.

⁴⁹² Tal y como recoge VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L., (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 64: “el RESE... ha optado por una solución que podríamos calificar de mínima integración, ya que lo que se contempla en el Reglamento tiene más bien la *naturaleza* de una *sociedad de Derecho nacional*, con ciertos aspectos unificados, por otra parte no siempre los más significativos. No hay *sociedad de Derecho europeo* y ni siquiera *sociedad de tipo europeo*”.

⁴⁹³ FOUASSIER, C., “Le statut de la «société européenne»: un nouvel instrument juridique au service des entreprises”, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, número 445, febrero 2001, pág. 87.

⁴⁹⁴ VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación”, ya cit., pág. 65.

decirse que lo que se ha creado es una “marca comunitaria” con diversos “modelos de carácter nacional”⁴⁹⁵.

En cuanto a las funciones de la SE⁴⁹⁶, debo destacar que desde las propuestas iniciales se la ha considerado como un instrumento de integración europea y como una figura al servicio del derecho de establecimiento de las personas jurídicas, llamada a paliar los obstáculos existentes para aplicar esta libertad fundamental a las mismas, pero su funcionalidad se extiende a las operaciones de cooperación y reestructuración empresarial de carácter transnacional, a las que me he referido en el apartado relativo a los motivos que impulsaron a la creación de la SE⁴⁹⁷.

6. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

La SE constituye un nuevo tipo de sociedad que se añade a los ya existentes en los diversos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En consecuencia, se pone a disposición de los empresarios este nuevo instrumento con carácter facultativo u opcional, de forma que las empresas que cumplan los requisitos exigidos por el RESE podrán acudir a este tipo social, si consideran que es el que más les conviene para llevar a cabo sus operaciones.

Las características de este nuevo tipo societario, a tenor de lo preceptuado en el RESE, dependerán, en gran medida, de la forma en que los legisladores nacionales regulen los aspectos que el propio RESE somete a su autoridad y en última instancia de la normativa aplicable a las sociedades anónimas del domicilio de la SE; en consecuencia, existirán tantas SE como Estados miembros y, por lo tanto, a mi juicio se puede hablar de unas características generales comunes a todas las SE, aunque hay que puntualizar que la configuración final de la figura variará a tenor de la legislación nacional que sea de aplicación, en función de el país donde la SE decida establecer su domicilio⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, ya cit., pág. 146.

⁴⁹⁶ En lo tocante a este punto MARTÍNEZ GINER, considera que la verdadera diferencia entre la SE y las sociedades anónimas nacionales se encuentra no es su caracterización sino en la función y objetivos que la misma desempeña y enumera seis objetivos que cumple la SE: 1. Profundizar y conseguir una mayor eficiencia y competitividad de las empresas europeas en el marco del Mercado Interior; 2. Adaptar las estructuras de producción a la dimensión comunitaria ofreciendo así la posibilidad de reorganización o estructuración de las sociedades combinando y expandiendo sus operaciones a escala europea sin obstáculos jurídicos y con menores costes administrativos; 3. Trasladar la sede social de una SE a otro Estado miembro sin la pérdida de la personalidad jurídica y sin consecuencias tributarias que pudieran obstaculizarlo; 4. Atraer mayores cuotas de inversiones extranjeras a Europa; 5. Eliminar las barreras fiscales y psicológicas para la consecución de la auténtica libertad de establecimiento en el ámbito de la UE; 6. Crear una identidad societaria europea y una cultura societaria europea, de tal forma que ello sea un activo y una marca de calidad que se pueda dar a conocer a nivel mundial. Véase MARTÍNEZ GINER, L. A., *Fiscalidad de la Sociedad Anónima Europea*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005, págs. 57-58.

⁴⁹⁷ Véase VELASCO SAN PEDRO, L. A. y SÁNCHEZ FELIPE, J. M., “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, ya cit., pág. 34; VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación”, ya cit., pág. 66, en palabras de este autor “...la SE debería servir para obviar algunas contradicciones que se han venido produciendo en relación con la efectividad práctica del derecho de establecimiento de las personas jurídicas. Me refiero específicamente a la posibilidad de trasladar el domicilio de la SE de un Estado miembro a otro que reconoce y regula el artículo 8 del RESE, que abre lo que alguien ha llamado una *movilidad transfronteriza de las sociedades*, que permitirá superar las cortapisas de la legislaciones nacionales a estos traslados, y se convertirá sin duda en una de las fuentes de atracción de la SE en la práctica”.

⁴⁹⁸ El hecho de que la SE se haya configurado como un modelo híbrido comunitario-nacional, regulada por un estatuto jurídico-comunitario reducido y sometida en gran medida por un sistema de remisiones a lo que los diversos legisladores nacionales determinen al efecto y en última instancia al Derecho nacional del lugar de establecimiento origina, sin duda, problemas de caracterización jurídica.

Sentados estos principios, considero de interés hacer un somero estudio de la evolución histórica de las características de la SE, para centrarme, a posteriori, en los aspectos generales comunes de la regulación de esta figura societaria en el RESE.

A. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

Dejando aparte los antecedentes remotos de esta figura y partiendo de los primeros proyectos de estatuto, puedo afirmar que las ideas iniciales, surgidas en torno a su regulación, concebían un tipo societario de carácter europeo con un régimen jurídico específico, completo, unificado y claramente diferenciado de los Derechos nacionales de los Estados miembros⁴⁹⁹.

La idea de crear una SE de estas características tropezó con la resistencia de los Estados miembros, en unos casos a renunciar a sus propias tradiciones jurídicas, aceptando modelos foráneos procedentes de otros ordenamientos jurídicos⁵⁰⁰ y en otros casos a admitir que, mediante la introducción de normas realmente avanzadas para la época, se regulasen determinadas materias que no eran objeto de regulación en sus propios Derechos nacionales⁵⁰¹. A todo ello, se suma el riesgo de deslocalización que suponía la introducción de una figura de estas características, riesgo que en aquella época no estaban dispuestos a asumir los Estados miembros⁵⁰².

Por todo ello, la SE sufrió un proceso de hibernación hasta que en 1989 se presentó un nuevo estatuto regulador de la figura en un intento de solventar los obstáculos con los que habían tropezado los anteriores proyectos. Este nuevo proyecto desdobló la materia relativa a la participación de los trabajadores y la remitió a una directiva⁵⁰³ en la que incluso se intentó atenuar el rigor del término “participación” que es sustituido por un término más ambiguo, pasándose a hablar de la “posición” de los trabajadores. Asimismo, el contenido

⁴⁹⁹ Estas eran las características que presentaban el Proyecto Sanders y las propuestas de estatuto de SE de 1970 y 1975.

⁵⁰⁰ En su mayor parte del Derecho alemán, como era el sistema dualista de administración social (Consejo de vigilancia y directorio) y el sistema de cogestión, que suponía la participación de los trabajadores en el gobierno de la SE.

⁵⁰¹ Efectivamente, se introduce una regulación de los grupos de sociedades que, con la excepción del Derecho alemán, carecían de regulación en los Derechos de los demás Estados miembros. El Proyecto de estatuto de SE de 1975 dedicaba el título VII a la regulación de los grupos de sociedades, además, la sección sexta del título VI contenía diversas disposiciones en relación con las cuentas de los grupos de sociedades.

⁵⁰² Tal y como señala VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Sociedad anónima europea: una aproximación al sistema de fuentes”, ya cit., págs. 130-131, la tardanza en la aparición de la SE “la explican, no sólo, como frecuentemente se ha indicado, las costosas discusiones que hubieron de mantenerse sobre temas esenciales de diseño de la figura, particularmente en relación con su estructura orgánica y, sobre todo, la participación de los trabajadores, donde las culturas industriales de los Estados miembros eran y son muy diferentes (con Estados con y sin sistemas de cogestión), sino también los temores a la deslocalización de empresas que abría la figura, y que seguramente sólo han podido superarse cuando el proceso de integración económica ha llegado a su plena madurez”.

⁵⁰³ Aunque la temática relativa a la participación de los trabajadores se remite a una directiva, ésta es de aplicación conjunta con el Reglamento. En efecto, el artículo 135 del Proyecto de 1989 establecía que “la posición de los trabajadores en la SE se definirá de conformidad con las disposiciones adoptadas por el Estado miembro del domicilio con arreglo a lo establecido en la Directiva” y el artículo 136 que “podrá constituirse una SE en cualquier Estado miembro que haya recogido en su ordenamiento jurídico las disposiciones de la Directiva por la que se completa el estatuto de la SE en lo relativo a la posición de los trabajadores”. Por su parte, el Considerando sexto de la Directiva señala que “las disposiciones de la presente Directiva son un «complemento indisoluble de las disposiciones del Reglamento» por el que se establece un estatuto de la SE y que, por lo tanto, es conveniente que puedan ser aplicadas de una manera coordinada”, además, el artículo 1 de la Directiva establece que “las medidas de coordinación prescritas por la presente Directiva se aplicarán a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros relativas a la posición de los trabajadores en la SE. Estas medidas «constituirán un complemento necesario del Reglamento»”.

del estatuto sufrió un proceso de aligeramiento y edulcoración⁵⁰⁴ mediante la práctica de remisión a los ordenamientos nacionales⁵⁰⁵.

En el Proyecto de 1991, así como en la Directiva complementaria a dicho proyecto, se mantenían planteamientos similares, si bien, se incrementaba la remisión a las legislaciones nacionales. A pesar de este proceso de adelgazamiento y dulcificación se puede decir que todavía se mantenían, en cierta medida, las características iniciales, y se conservaba la idea de establecer un tipo societario de carácter europeo con un régimen propio, puesto que la propuesta de estatuto seguía manteniendo un núcleo suficiente de normatividad propia en relación con los distintos aspectos esenciales de conformación de la sociedad⁵⁰⁶.

Desde el Proyecto de estatuto de SE de 1991 hasta que culmina el proceso de gestación de la SE transcurren diez años; efectivamente, la aprobación definitiva del estatuto de SE y de la correspondiente Directiva se produce a finales de 2001. Quiero señalar que en el texto definitivamente aprobado se observa una intensificación de los procesos de aligeramiento, edulcoración y remisión a los diversos ordenamientos nacionales, por lo que conserva escasa sustantividad propia. En consecuencia debo concluir diciendo que a lo largo del camino recorrido hasta la aprobación definitiva del estatuto regulador de la SE han quedado atrás las iniciales ideas de crear un tipo societario de carácter europeo con un régimen jurídico específico, completo, unificado y claramente diferenciado de los Derechos nacionales de los Estados miembros. Ante las vicisitudes por las que ha tenido que pasar esta figura societaria, dados los temores y reticencias que la regulación de este nuevo tipo societario despertaba en los Estados miembros, se puede decir que su proceso de regulación normativa ha quedado convertido en un proceso de conveniencias e intereses⁵⁰⁷.

B. CARACTERÍSTICAS GENERALES COMUNES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

Del contenido del articulado de RESE se desprende que la SE es una sociedad de dimensión multinacional europea, que necesariamente ha de constituirse en territorio comunitario, en forma de sociedad anónima⁵⁰⁸, en cuya denominación deberán figurar obligatoriamente las siglas SE⁵⁰⁹, estará dotada de personalidad jurídica propia⁵¹⁰, su capital

⁵⁰⁴ Así, en cuanto a la organización de la administración se permitía la opción entre el sistema monista y dualista y en cuanto a la regulación de los grupos de sociedades se solventaba el problema mediante la eliminación de la regulación de esta disciplina.

⁵⁰⁵ Práctica permitida en 1989, puesto que en aquella época ya se habían aprobado un número considerable de directivas en materia societaria. En efecto, la Primera Directiva se aprobó en 1968, la Segunda en 1976, la Tercera y Cuarta en 1978, la Sexta en 1982, la Séptima en 1983, la Octava en 1984 y, ya con posterioridad a la publicación del Proyecto de 1989, que tuvo lugar el 16 de octubre de 1989, se aprobaron las Directivas Undécima y la Duodécima en diciembre de 1989.

⁵⁰⁶ VELASCO SAN PEDRO, L. A. "Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación", ya cit., pág.62.

⁵⁰⁷ En este sentido FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I. "El futuro del derecho de sociedades en Europa: A propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea", ya cit., pág. 3, señala: "hay que reconocer que de todos los posibles el camino emprendido por el legislador comunitario ha sido probablemente y habida cuenta de las circunstancias el más accesible".

⁵⁰⁸ En efecto, el artículo 1.1 del RESE establece que "podrán constituirse sociedades en el territorio de la Comunidad en forma de «sociedades anónimas» europeas (*Societas Europaea*, denominada en los sucesivos «SE») en las condiciones y con arreglo a las modalidades previstas en el presente Reglamento".

⁵⁰⁹ A tenor de lo dispuesto en el artículo 11.1 del RESE "la SE deberá hacer constar delante o detrás de su denominación social la sigla «SE»". Además, según el artículo 11.2 del RESE "sólo las SE podrán llevar las siglas «SE» en su denominación social"; se establece, por tanto, una reserva del uso de dichas siglas, sin perjuicio del mantenimiento del derecho a su utilización por otras sociedades o entidades en cuya denominación ya figurasen y que estuvieran registradas con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento (artículo 11.3 del RESE).

deberá de alcanzar una cuantía mínima⁵¹¹, estará expresado en euros⁵¹² y dividido en acciones, la responsabilidad de los accionistas quedará limitada al capital suscrito⁵¹³ y

⁵¹⁰ De acuerdo con lo establecido en el artículo 1.3 del RESE “la SE tendrá personalidad jurídica propia”, personalidad que según lo dispuesto en el artículo 16.1 del RESE adquirirá a partir del día en que se haya inscrito en el registro a que se refiere el artículo 12 de dicho texto, y que será el registro nacional donde se inscriban las sociedades mercantiles nacionales.

Los Proyectos de estatuto de SE de 1970 y 1975 contemplaban la creación del denominado “Registro Europeo de Comercio”, bajo la responsabilidad del TJCE. El Considerando undécimo del Proyecto de 1970 y el Considerando decimotercero del Proyecto de 1975, con el fin de asegurar la unidad de régimen jurídico, recogían “...es indispensable que la constitución de la sociedad anónima europea se someta a un procedimiento de inmatriculación en un registro central, bajo un control judicial que permita suprimir todas las posibilidades de nulidad de la sociedad una vez constituida...”. El artículo 8 de ambos Proyectos disponía: “1. Toda SE se inmatriculará en el Registro Europeo de Comercio que se creará en el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas. Los documentos que el presente estatuto somete a publicidad serán depositados en él. 2. Las modalidades de institución y funcionamiento del Registro Europeo de Comercio se determinarán por el Reglamento del Consejo a propuesta de la Comisión”.

En relación con la regulación de esta materia en los Proyectos de 1970 y 1975, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. D., “La publicidad legal de la Sociedad Anónima Europea”, *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*, GIRÓN TENA, J., (director), Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1978, págs. 75-76, recoge que en la propuesta de 1970 “se incluían, especialmente en el título II, dedicado a la constitución de la SE, una serie de preceptos sobre publicidad legal pero que resultaba bastante escasa y fragmentaria. Según decía el artículo 7, toda SE se inmatriculará en el Registro Europeo de Comercio, que será establecido en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Pero a continuación, en su párrafo 2º, se añadía que la institución y el funcionamiento del Registro se fijarán por un Reglamento el Consejo, a propuesta de la Comisión. Quizá los redactores del primer Proyecto pensasen que una regulación completa de la publicidad legal de la SE tendría más adecuado encaje en ese futuro Reglamento que en un texto sustantivo dedicado a la regulación de la sociedad propiamente dicha. Por ello, aparte de sancionar expresamente la eficacia constitutiva y sanatoria de la inmatriculación de la SE, faltaba una regulación de alcance general sobre cuestiones tan importantes como los efectos de la publicidad”.

La situación cambia en el texto de 1975. “En él se han introducido modificaciones importantes en determinados artículos referentes al procedimiento para la constitución, pero sobre todo se ha formulado un nuevo artículo 9º, dedicado exclusivamente a regular los efectos materiales de la publicidad y suprimiéndose de todo el Proyecto las referencias aislada a este tema”.

El Estatuto de SE definitivamente aprobado establece que la SE deberá de estar registrada en el registro que señale la legislación del Estado miembro de su domicilio social a tenor del artículo 3 de la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo de 9 de marzo de 1968 (artículo 12.1); por tanto, la ley registral de la SE vendrá determinada por la legislación del Estado miembro en donde se establezca su domicilio social. Véase, en relación con esta materia, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y “nacionalidad” de la SE. Traslado internacional de domicilio de la SE. Publicidad registral de la SE”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 250-255.

⁵¹¹Según lo dispuesto en el artículo 4.2 del RESE “el capital suscrito no podrá ser inferior a 120.000 euros”. Conviene hacer la observación de que la cifra de capital mínimo deberá de computarse sobre el capital suscrito. Además, el Considerando decimotercero del RESE une esta exigencia a la funcionalidad del tipo social y explica que “para garantizar una dimensión razonable a este tipo de empresas, es conveniente fijar un capital mínimo que garantice que las sociedades disponen de un patrimonio suficiente, sin que por ello se pongan trabas a la constitución de SE por parte de pequeñas y medianas empresas (PYMES)”. Según señala LARGO GIL, R., “La Sociedad Anónima Europea y el Estatuto de la Sociedad Cotizada”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 24, 2005-1, pág. 50, “en el texto definitivo del Estatuto de la SE se ha ampliado el ámbito subjetivo, dando entrada a las sociedades de responsabilidad limitada; esto es, la constitución de una SE *holding* puede ser promovida por sociedades anónimas y también por sociedades de responsabilidad limitada incluso situadas en un mismo Estado miembro (artículo 2.3, b del Reglamento número 2157/2001) con lo que se da entrada a las PYMES. Asimismo, la cifra de capital mínimo de una SE (120.000 Euros – capital suscrito–) se ha fijado buscando su adecuación al carácter europeo de la SE, esto es provista de una capitalización suficiente, pero sin que ello supusiera la exclusión de las PYMES. Pero estimamos que no es sencillo, ni previsible en la práctica que las PYMES opten por constituir una SE, más aún cuando se les ofrece como viable proceder a su redimensionamiento mediante una fusión transfronteriza, sin que la sociedad resultante sea una SE. Así está dispuesto en la Propuesta de Directiva sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capitales, presentada por la Comisión de 18 de noviembre de 2003 (COM (2003) 703 final)”. Debo hacer la observación de que la Décima Directiva del Consejo, de 26 de octubre de 2005 (modificada por la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, que ha sido

contará con una estructura orgánica corporativa⁵¹⁴ y con un sistema de implicación de los trabajadores en su gobierno⁵¹⁵.

Seguidamente, realizaré un breve examen de los aspectos comunes que configuran esta nueva figura societaria, destacando su condición de sociedad multinacional europea, su regulación de carácter mixto (Derecho comunitario/Derecho nacional), su sometimiento a normas de Derecho imperativo y el papel que desempeña la autonomía privada en su regulación, la diversidad de modelos de este tipo societario y su sujeción a cláusulas de

incorporada al Derecho español mediante el RDL 9/2012, de 16 de marzo), sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (2005/56/CE), fue incorporada a la legislación española mediante la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, publicada en el BOE de 4 de abril de 2009. Ahora bien, según lo dispuesto en el artículo 2 del RDL 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital se han modificado varios artículos de la citada Ley 3/2009, de 3 de abril. El RDL 9/2012 ha sido derogado por la Ley 1/2012 de 22 de junio, que ha mantenido, con ligeras variaciones (artículos 32.1 y 34.4), las modificaciones efectuadas por el RDL derogado.

Serán de aplicación a las SE, según lo estipulado por el artículo 4.3 del RESE, las disposiciones del Estado miembro del domicilio en las que se establezca “un capital suscrito superior para sociedades que ejerzan un determinado tipo de actividades”.

Además, debemos de tener en cuenta que el artículo 5 del RESE dispone que “el capital de la SE, su mantenimiento y sus modificaciones del capital de la SE, 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 esté registrada la SE”. Los primeros proyectos de estatuto de SE regulaban el capital social de forma más exhaustiva (Título III, sección primera, artículos 40 a 47 del Proyecto de estatuto de SE de 1975), ocupándose, además, de otros temas relacionados con el mismo, como las acciones y obligaciones (Título III, sección segunda, artículos 48 a 53 y sección tercera, artículos 54 a 60-a del Proyecto de estatuto de SE de 1975, y Título III artículos 38 a 59 del Proyecto de estatuto de SE de 1989). Para un estudio más detallado sobre el régimen del capital social en el Proyecto de Estatuto de SE de 1975 puede consultarse GARCÍA VILLAVARDE, R., “Algunos temas en torno al régimen del capital social en el Proyecto de estatuto para una Sociedad Anónima Europea” *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*, GIRÓN TENA, J., (director), Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1978, págs.101-134.

Cabe señalar que la Segunda Directiva del Consejo de 13 de diciembre de 1976, en materia de sociedades, relativa a la constitución de la sociedad anónima y al mantenimiento y modificaciones del capital social, así como los cambios sufridos en la regulación de la SE, a lo largo de su proceso de gestación, contribuyeron a que perdiera importancia el hecho de establecer soluciones específicas relativas al capital social de las SE.

⁵¹² De acuerdo con lo establecido en el artículo 4.1 del RESE “el capital de la SE se expresará en euros”. Hay que tener en cuenta que algunos Estados miembros no forman parte de la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria, por lo que siguen conservando, de momento, sus monedas nacionales, por ello el artículo 67.1 del RESE permite que estos Estados miembros puedan aplicar “a las SE domiciliadas en su territorio las mismas disposiciones que se apliquen a las sociedades anónimas sometidas a su ordenamiento jurídico por lo que se refiere a la expresión de su capital”, por lo que, en estos casos, se podrá recoger la expresión del capital social en moneda nacional, sin perjuicio de que la SE pueda también, aunque no es obligatorio, expresar su capital en euros, al tipo de cambio del último día del mes anterior a su constitución.

También, en virtud de lo preceptuado en el artículo 67.2 del RESE, se permite que los Estados miembros que se hallen en tal situación, puedan, si lo desean, formular sus cuentas anuales o cuando proceda, su cuentas consolidadas en euros, sin perjuicio de que el Estado miembro del domicilio pueda exigir que se publiquen también en moneda nacional.

⁵¹³ En efecto, el artículo 1.2 del RESE preceptúa que “el capital de la SE estará dividido en acciones. Cada accionista sólo responderá hasta el límite del capital que haya suscrito”. En consecuencia podemos hablar de una limitación de riesgos, el accionista como máximo arriesgara lo que haya aportado, si bien, en ningún caso llegará a responder de las deudas de la sociedad.

⁵¹⁴ Lo cierto es que el artículo 38 del RESE dispone que “conforme a las condiciones establecidas por el presente Reglamento, la SE constará de: a) una Junta general de accionistas, y b) bien un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual), bien un órgano de administración (sistema monista), según la opción que se haya adoptado en los estatutos”.

⁵¹⁵ Las diversas modalidades de implicación de los trabajadores, en el gobierno de la SE, se recogen en la Directiva 2001/86/CE que es de aplicación conjunta con el RESE. Según lo preceptuado en el artículo 12 del RESE no podrá registrarse ninguna SE salvo que se haya celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores.

salvaguardia. Finalmente, hare referencia, en primer lugar, a la valoración de la forma y a las características que se derivan de su condición de sociedad anónima, con expresa mención a la mercantilidad y posible unipersonalidad de la SE y, en segundo lugar, a la implicación de los trabajadores en la SE.

a. SOCIEDAD MULTINACIONAL EUROPEA

El carácter de la SE como una sociedad multinacional europea se desprende de las funciones que está llamada a desempeñar en los procesos de concentración y colaboración transfronteriza entre las empresas de los Estados miembros de la UE, permitiendo a éstas, adecuar tanto su organización como su funcionamiento al mercado europeo; sin duda será un elemento útil para el redimensionamiento de las sociedades y para conseguir vencer las reticencias de tipo psicológico que conlleva la adscripción a una determinada nacionalidad⁵¹⁶.

Además este aspecto multinacional europeo se pone de manifiesto por la limitación impuesta por el RESE en cuanto a las vías de acceso a la SE⁵¹⁷, puesto que, en todos los supuestos se exige que las sociedades (u otras entidades⁵¹⁸) implicadas o afectadas por la

⁵¹⁶ MARTÍNEZ GINER, L. A., *Fiscalidad de la Sociedad Anónima Europea*, ya cit., pág. 53, afirma que “la dimensión transfronteriza de la SE y por ende su carácter multinacional late en los primeros Considerandos del Reglamento regulador. Así, la necesidad de trascender la satisfacción de necesidades puramente locales eliminando los obstáculos a los intercambios y fomentando la reestructuración a escala de la Comunidad de las estructuras de producción persigue facilitar el funcionamiento de la SE de la forma más eficiente en el Mercado europeo y mundial. En último término con esta regulación se ha dado forma jurídica a la posibilidad de llevar a cabo una empresa multinacional a escala europea”.

⁵¹⁷ En efecto, las vías recogidas para el acceso a la SE en los artículos 2 y 3 del RESE constituyen un *numerus clausus*, por lo que únicamente se podrá constituir una SE por alguno de los procedimientos que se contemplan en estos preceptos, si bien, debo señalar que aunque los procedimientos son diferentes, mantienen un elemento común a todos ellos que es el carácter de multinacionalidad europea. Se requiere que exista una vinculación jurídica y real con la CE., por tanto sólo podrán intervenir en la creación de una SE sociedades «constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, que tenga su domicilio social y su administración central en la Comunidad» (artículo 2.1 del RESE); esta cláusula se repite al regular los distintos modos de constitución de la SE, sin embargo se permite salvar el requisito de que la sociedad interviniente en la constitución de una SE tenga su administración central en la Comunidad a favor de la existencia de «una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro», así se establece en el artículo 2.5 del RESE que dice “los Estados miembros podrán disponer que una sociedad que no tenga su administración central en la Comunidad pueda participar en la constitución de una SE siempre y cuando esté constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tenga su domicilio social en el mismo Estado miembro y tenga «una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro»”. Además de ese contenido europeo, el carácter trasnacional viene dado por el hecho de que «al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes» (artículo 2.1 del RESE). No obstante, en algunos casos puede ser suficiente con que una de ellas «tenga una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes» (posibilidad admitida en la constitución de una SE holding –artículo 2.2 del RESE–, una SE filial –artículo 2.3 del RESE–, transformación de una sociedad anónima en SE –artículo 2.4 del RESE–). Véase MARTÍNEZ GINER, L. A., *Fiscalidad de la Sociedad Anónima Europea*, ya cit., pág. 53. En el mismo sentido, QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico)”, ya cit., pág. 154, señala que “esa llamada «multinacionalidad europea» está ciertamente en la vocación funcional originaria de la SE. Sin perjuicio de algunos matices incorporados en la fase final de la discusión, la idea de que la SE debía ser el resultado de la colaboración fundacional de varias sociedades de distintos países miembros estuvo presente como presupuesto para aceptar la citada dimensión comunitaria de la figura. Los artículos 2 y 3 del RESE, donde está la relación inicial y tasada de vías de acceso son un buen exponente del alcance de esta característica esencial”.

⁵¹⁸ Se contiene, en relación con a la constitución de una SE filial común, una mención expresa en el artículo 2.3 del RESE tanto a las sociedades a que se refiere el párrafo segundo del artículo 48 del Tratado, como a “otras entidades jurídicas de Derecho público o privado”. Tal y como señala DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Procedimientos para constituir una SE”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L., (coordinadores), Marcial Pons,

constitución de la SE estén constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y tengan su domicilio social y su administración central en la Comunidad y, al menos dos de ellas, estén sujetas al Derecho de Estados miembros diferentes.

Con el fin de asegurar el carácter multinacional europeo de la SE, las vías de acceso a este tipo societario se han visto limitadas desde los primeros proyectos⁵¹⁹, sin embargo, al igual que ha sucedido en otras materias, los criterios han ido variando a lo largo del proceso de gestación, produciéndose una cierta ampliación de tales vías, bien permitiendo ampliar el tipo de sociedades que pueden constituir una SE⁵²⁰, bien permitiendo que una sociedad anónima constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad pueda transformarse en una SE, siempre que haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años⁵²¹.

Madrid-Barcelona, 2004, pág. 291, “en la constitución de una filial común se amplía el elenco de los sujetos que pueden participar como fundadores de la SE... En el artículo 48 se hace una interpretación contextual de lo que ha de entenderse por sociedades. La norma establece un concepto muy amplio de sociedad, ya que abarca las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado. Tan sólo se exceptúan las que no persigan un fin lucrativo. Es ésta una norma referida a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. Pero posee un alcance más amplio, pues se aplica en los supuestos de fundación de una SE”. Por su parte, EMBID IRUJO, J. M., “La constitución de la Sociedad Anónima Europea por creación de Holding y por fundación de filial común”, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 224-225, recoge que “...cabe afirmar que a excepción de las personas físicas, prácticamente todos los sujetos de Derecho admitidos en la legislación europea y en los ordenamientos nacionales, sean empresarios o no, tengan base asociativa, corporativa o fundacional, estén sometidos al Derecho público o privado, pueden concurrir como fundadores al proceso de constitución de una SE filial común. No es fácil emitir una opinión sobre esta amplísima base subjetiva, que se detiene en la persona física –más en sentido formal que material–, sobre todo si la contemplamos en relación con el hecho de que se refiere a un supuesto de constitución de SE carente de toda regulación en el Reglamento. No es del todo lógico, en apariencia, que se restrinja el tipo de sujetos fundadores y, a la vez, se establezcan medidas ordenadoras del procedimiento constitutivo en los restantes supuestos de fundación de una SE y aquí, en cambio, se «abra la mano» mediante la ampliación de los sujetos legitimados para la fundación, de un lado, y a través de la supresión de todo tipo de cautelas, de otro. Se traslada, de este modo, a los Derechos nacionales la supervisión del supuesto que, en el contexto actual de la «competencia entre ordenamientos» bien podrían orientarse a una reducción progresiva de controles y cautelas...”.

⁵¹⁹ Sin embargo, el Proyecto Sanders mostraba una tendencia más liberal, que se manifestaba por el hecho de que recogía algunos supuestos de constitución de SE en los que no se exigía el requisito de multinacionalidad europea e, incluso, permitía que sociedades constituidas con arreglo a Derecho de terceros Estados, pudieran acceder a la SE. En dicho Proyecto (artículos I-2 y I-3), la SE podía constituirse en los siguientes supuestos: 1. Fusión entre sociedades anónimas de los Estados miembros y entre éstas y una SE o entre varias SE; 2. Transformación de una sociedad anónima constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro de la Comunidad en SE; 3. Constitución de una *holding* por sociedades anónimas constituidas con arreglo al Derecho de Estados miembros o de éstas con una SE o de varias SE entre ellas; 4. Creación de una filial común por las mismas sociedades que en los casos anteriores y también por sociedades anónimas constituidas con arreglo al Derecho de países distintos a los de los miembros de la Comunidad; 5. Constitución de una filial única por las mismas sociedades que en el caso anterior.

⁵²⁰ En el Proyecto Sanders y en el Proyecto de estatuto de SE de 1970, sólo se permitía el acceso a la SE de sociedades anónimas. Sin embargo, en el RESE (artículo 2.2) se recoge la posibilidad de que tanto las sociedades anónimas como las sociedades de responsabilidad limitada puedan constituir una SE *holding*, siempre y cuando cumplan los requisitos previstos al efecto, y además, en el supuesto de constitución de una SE filial común, como ya he indicado con anterioridad, se amplía la lista de personas que pueden participar como fundadores (artículo 2.3).

⁵²¹ Esta posibilidad de constitución de una SE mediante transformación sólo fue admitida a partir del Proyecto de estatuto de SE de 1991; de hecho este procedimiento fue introducido a instancia del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social en la propuesta de estatuto de SE presentada por la Comisión Europea el día 16 de mayo de 1991 (DOCE D-176, de 8 de julio de 1991). Lo cierto es que la exigencia contenida en el artículo 2.4 del RESE, relativa a que “haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años” obedece a que el legislador comunitario está pensando en un tipo social para empresas que, según se recoge en el Considerando 13 del RESE, lleven a cabo sus

Teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 2 y 3 del RESE, la SE es una sociedad con vías de acceso limitadas, que sólo puede constituirse por otras sociedades o entidades; en todos los supuestos se exige la preexistencia de otras sociedades o entidades asimiladas, por lo tanto, la SE será una sociedad derivada⁵²² y además, será una sociedad de segundo grado, cuando esté constituida sólo por sociedades preexistentes u otras entidades asimiladas a las sociedades, con exclusión de personas físicas⁵²³.

Mención especial merece la posibilidad que el RESE otorga a los Estados miembros en orden a que éstos puedan disponer que una sociedad que no tenga su administración central en la Comunidad pueda participar en la constitución de una SE, siempre y cuando esa sociedad este constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tenga su domicilio social en ese mismo Estado miembro y tenga una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro⁵²⁴. Este último requisito exigido marca el interés existente en que se mantenga la multinacionalidad europea de la SE con un contenido real que impida la utilización de la figura con finalidades puramente deslocalizadoras⁵²⁵. Sin embargo algunos autores consideran difícil de justificar que, salvo en el supuesto de constitución de una SE filial de otra SE, el legislador comunitario imponga en las demás modalidades de fundación de SE el requisito de la multinacionalidad⁵²⁶, considerando que tales medidas, que probablemente se han adoptado a fin de proteger las formas societarias nacionales, carecen de fundamento dentro de un mercado supranacional sujeto a intensa competencia y además, son difíciles de justificar a la luz del principio de subsidiariedad consagrado en el TCE⁵²⁷.

actividades a escala europea; véase SÁNCHEZ RUS, H., “Constitución de la SE por transformación de SA”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L., (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 490; BOQUERA MATARREDONA, J., “La transformación de la Sociedad Anónima española en Sociedad Anónima Europea y viceversa”, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 234.

⁵²² En este supuesto se comprenden los casos de sociedades que se fusionan para constituir una SE, los de sociedades que se unen para constituir una SE holding, los de sociedades que crean una SE filial común, los de sociedad anónima con filial en otro Estado miembro que se transforma en SE y los de la propia SE que constituye otra SE como filial. VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación”, ya cit., pág. 71.

⁵²³ Esta situación se dará en los supuestos de creación de una filial SE por las vías de los artículos 2.3 y 3.2 del RESE. En otros casos, pueden existir simultáneamente como accionistas sociedades y personas físicas, e incluso sólo personas físicas (transformación en SE, de una sociedad anónima que únicamente tenga como accionistas a personas físicas). Véase VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación”, ya cit., pág. 71.

⁵²⁴ Dicha posibilidad se establece en el artículo 2.5 del RESE. En la legislación española se permite este tipo de participación que queda recogida en el artículo 465 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio y, publicada en el BOE número 161 de 3 de julio de 2010 (antiguo artículo 317 del TRLSA). El último párrafo de este artículo puntualiza que: “se presume que existe vinculación efectiva cuando la sociedad tenga un establecimiento en dicho Estado miembro desde el que dirija y realice sus operaciones”.

⁵²⁵ VELASCO SAN PEDRO, L. A. “Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación”, ya cit., pág. 74.

⁵²⁶ Debemos recordar que incluso en los supuestos de transformación de una sociedad nacional en SE se exige que aquélla haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años (artículo 2.4 del RESE).

⁵²⁷ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas”, ya cit., pág. 31.

b. SOCIEDAD SOMETIDA A UN RÉGIMEN JURÍDICO MIXTO (DERECHO EUROPEO/DERECHO NACIONAL)

Como ya he mencionado al hablar de la evolución histórica de las características de la SE, en los Proyectos de 1970 y 1975 se concebía a la SE como un tipo societario de carácter europeo regulado por normas de Derecho europeo con exclusión de los Derechos nacionales⁵²⁸. Ahora bien, a lo largo del proceso, de acuerdos y de compromisos, en que se ha gestado esta figura societaria, los Derechos nacionales de los Estados miembros van adquiriendo paulatinamente una mayor preponderancia⁵²⁹, por lo que el texto definitivamente aprobado cuenta con numerosas cuestiones remitidas, en unos casos, a lo que los Derechos nacionales establezcan para sus sociedades anónimas, y, en otros casos, a lo que los legisladores nacionales puedan determinar específicamente para las SE de su país⁵³⁰.

Así pues, quiero resaltar que en la regulación de muchos aspectos de la SE se establece una preponderancia de los Derechos nacionales frente al Derecho europeo⁵³¹, y en otros casos parece darse la extraña circunstancia de que el Reglamento⁵³² de la SE adopta

⁵²⁸ De hecho el artículo 7.1 del Proyecto de estatuto de SE de 1975 establecía, en este sentido, que: “salvo disposición en contrario, las materias regidas por el presente estatuto, incluso en aquellas cuestiones que no regule expresamente, estarán sustraídas a la aplicación de los Derechos de los Estados miembros”.

⁵²⁹ En este sentido QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico), ya cit., pág. 154, señala que “la caracterización como sociedad híbrida o mixta se relaciona directamente con los propios avatares del proceso de elaboración del RESE... de una disciplina europea completa y exclusiva se fue pasando a una disciplina integrada en la que, junto a algunos aspectos que permanecieron incorporados al RESE como norma comunitaria de aplicación general y directa, se abrieron amplios espacios a la aplicación remitida o supletoria de Derecho nacional del Estado miembro donde la SE tenga su domicilio. Esta tendencia a la «renacionalización» de la SE se deja sentir a cada paso en el RESE, en relación con muchos de los aspectos de su régimen jurídico y con desigual intensidad según se trate de aspectos total o parcialmente regulados o remitidos”.

⁵³⁰ Tal y como recoge THEICHMAN, CH., “La Societas Europaea (SE) entre el Derecho nacional y europeo”, *Noticias de la Unión Europea*, número 252, enero 2006, pág. 124: “la especial singularidad de la SE como forma jurídica supranacional, cuyo régimen jurídico se compone del Derecho comunitario y del Derecho del Estado miembro, puede repercutir en la comprensión de normas individuales del Reglamento de la SE. Ello no cuestiona el principio de la interpretación autónoma del Derecho comunitario, pero obliga a considerar la naturaleza del Reglamento de la SE situada justamente en el Derecho Europeo, cuando sus preceptos experimentan un cambio parcial de significado a consecuencia de su integración en el respectivo Derecho del Estado miembro”. Por su parte, COSTA, CARLA TAVARES DA y BILREIRO, ALEXANDRA DE MEESTER, *The European Company Statute*, ya cit., pág. 13, indican que el régimen jurídico aprobado definitivamente para la SE es el resultado de las diferentes opciones tomadas en consideración. La SE ha surgido como el resultado de una conjunción entre el Derecho comunitario y la legislación nacional armonizada, en gran parte, en virtud de los importantes avances logrados en el proceso armonizador del Derecho de sociedades. Más adelante, en la pág. 15, añaden que en realidad la SE es una figura jurídica regulada por el Derecho comunitario complementado por disposiciones nacionales armonizadas. La SE es una sociedad sujeta en determinados aspectos a cada sistema jurídico nacional en la medida en que, además de las normas básicas uniformes establecidas por la legislación comunitaria, se aplicará la legislación de los Estados miembros del domicilio de la SE.

⁵³¹ En este punto debo incidir en la intensa labor de armonización legislativa llevada a cabo, a través de directivas, en cuanto a la regulación de importantes aspectos del Derecho societario que, sin duda, facilita esta técnica de remisión a los Derechos nacionales. En este mismo sentido se pronuncia HERNANDO CEBRIÁ, L., “Aspectos sustantivos de la conformación estatutaria de la Sociedad Europea domiciliada en España”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 692, noviembre-diciembre 2005, pág. 1822, donde señala que “...la materia armonizada permite en ciertos aspectos, una uniformidad de las soluciones legales en cada uno de los Estados miembros”.

⁵³² El reglamento es un instrumento de aplicación directa en todos los Estados miembros, mientras que las directivas necesitan ser traspuestas a los respectivos Derechos nacionales. En este sentido MORILLAS JARILLO, M. J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, *Noticias de la Unión Europea*,

una sistemática similar a las directivas al remitir la regulación de determinadas materias a lo que, a tal efecto, determinen los legisladores nacionales y, en otros supuestos, se hace referencia a la aplicación directa de lo dispuesto en una directiva comunitaria⁵³³. Todas estas circunstancias me llevan a calificar la SE como un tipo societario sujeto a una regulación de carácter mixto, ya que está reglada por normas de Derecho europeo y de Derecho nacional⁵³⁴.

c. SOCIEDAD SOMETIDA A NORMAS DE CARÁCTER IMPERATIVO. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

La SE, durante todo su proceso evolutivo, ha estado regulada por normas de carácter imperativo en defensa de la claridad y seguridad jurídicas, por lo que se ha dejado un escaso margen a la autonomía privada⁵³⁵.

Si examinamos el vigente estatuto de SE encontramos que, sobre todo en algunas materias⁵³⁶, tiene un marcado carácter imperativo⁵³⁷ que contrasta con las tendencias

número 270, julio 2007, pág. 61, señalan que “aunque ha causado cierta extrañeza este peculiar Reglamento que es directamente, aplicable, pero cuya efectiva puesta en práctica debe ser garantizada por una norma nacional, no hay que olvidar que la jurisprudencia comunitaria matiza el preciso alcance de los caracteres de generalidad, obligatoriedad en todos sus elementos y aplicación directa de este tipo de fuente de Derecho comunitario. En lo no previsto de manera expresa en el Reglamento nº 2157/2001, bien porque se trate de una materia no regulada o bien porque lo está parcialmente, cada sociedad participe en la constitución de una SE estará sometida a las disposiciones del Estado de que dependa”. Por su parte SEQUEIRA MARTÍN, A., “Consideraciones sobre la fusión internacional de sociedades con especial referencia a las sociedades anónimas. Estudio del caso en la SE”, ya cit., pág. 474, dice que “podría predicarse que realmente es un Reglamento con alma de Directiva, en razón de la flexibilidad en la oferta de opciones que presenta y por el respeto que tiene a la presencia de las legislaciones estatales en la ordenación de la materia que contempla”.

⁵³³ Este es el caso de los artículos 13, 17.2. a), 18, 21 b), 22, 28, 31.1., 32.3. y 4., 33.3., 37.5., 6 y 7., 62.1. y 2., 66.4.5 y 6., 67.2., 69.b) del RESE.

⁵³⁴ Véase, en relación con esta temática, VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación”, ya cit., pág. 76. En el mismo sentido LARGO GIL, R., “La constitución de la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., pág. 375, señala que “en la composición del régimen jurídico general relativo a la constitución de la SE se entremezclan los preceptos previstos en el Reglamento nº 2157/2001 con las disposiciones de los ordenamientos estatales aplicables a cada sociedad implicada”; HERNANDO CEBRIÁ, L., “Aspectos sustantivos de la conformación estatutaria de la Sociedad Europea domiciliada en España”, ya cit., págs. 1823-1824, donde recoge que “...la solución de equilibrio alcanzada entre el carácter comunitario y nacional de esta normativa. En ella convergen un núcleo europeo, derivado de las normas comunes a toda SE, y un conjunto de soluciones normativas específicas de carácter nacional para cada sociedad según la localización de su domicilio social...”. Por su parte, QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico)”, ya cit., pág. 155, considera que “probablemente... no se pueda decir en puridad que estamos ante una «sociedad europea sustancialmente unitaria, con aspectos de Derecho nacional», sino más bien ante una «sociedad de Derecho nacional con aspectos parciales unificados por una norma europea», a la vista de cuáles son los elementos preponderantes en la construcción del régimen jurídico de la SE”.

⁵³⁵ En este sentido FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas”, ya cit., pág. 29, señala: “...el carácter fuertemente coactivo de las normas integrantes del Estatuto de la SE, no es ninguna novedad. Basta una mirada hacia el pasado para advertir su presencia constante en la evolución de esta figura, que desde sus orígenes ha hecho de la existencia de normas de *ius cogens* un verdadero baluarte contra los riesgos de falta de claridad y seguridad jurídicas y, en alguna medida también contra las incertidumbres derivadas del desarrollo judicial del Derecho”.

⁵³⁶ Véase ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., págs. 58-59, donde recoge: “el régimen de la SE presenta un acusado rigor normativo en dos puntos: el acceso a las formas de constitución de la SE y la regulación de las relaciones entre los socios y con los órganos sociales”.

⁵³⁷ En opinión de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas”, ya cit., pág.

desreguladoras y de simplificación legislativa acordes con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad formulados en los Tratados de Maastricht y Ámsterdam y presentes en el moderno Derecho de sociedades tras las recomendaciones formuladas por el grupo de trabajo SLIM, el informe *Winter* y el plan de acción presentado por la Comisión en mayo de 2003⁵³⁸.

La SE se registrará por lo previsto en las disposiciones estatutarias sólo cuando el RESE lo autorice expresamente⁵³⁹; tal disposición presenta a mi juicio un acusado carácter de Derecho imperativo que ha venido siendo consustancial a la regulación de las sociedades anónimas, máxime si tenemos en cuenta que este tipo de sociedades son abiertas, con acceso a los mercados de valores y con un accionariado múltiple y disperso e incluso, en ocasiones, mal informado y sujeto a los criterios de los accionistas mayoritarios, factores que han conducido, tradicionalmente, a restringir, en la regulación de las sociedades anónimas, el recurso a la autonomía de la voluntad expresada por vía estatutaria.

Sin embargo, no debemos olvidar que se ha producido un amplio desarrollo normativo en torno a la regulación de los mercados de capitales y a la protección de los inversores-accionistas, por lo que algunos autores no encuentran, actualmente, justificación para la aplicación de normas societarias de carácter imperativo con la consiguiente restricción a la autonomía privada⁵⁴⁰, mientras que otros hacen una diferenciación entre dos ámbitos: el de la sociedad cerrada donde consideran que claramente debería predominar un modelo contractual de sociedad y el de la gran corporación abierta donde, por el contrario, el Derecho debería seguir siendo fundamentalmente imperativo⁵⁴¹.

30: “resulta, en efecto, difícil argüir, como factor de legitimación del derecho imperativo presente en el Estatuto de la SE. La necesidad de «establecer tanto como sea posible una correspondencia entre la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa en la Comunidad» (Considerando 6)... A esto habría que añadir, en el plano de la política y de la técnica legislativas, la conveniencia de que la diferenciación económica de los productos venga acompañada de una diversificación jurídica, que permita ofrecer de manera innovadora y flexible nuevas estructuras organizativas capaces de competir en los mercados de capitales internacionales”.

⁵³⁸ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas”, ya cit., pág. 28.

⁵³⁹ Según lo dispuesto en el artículo 9.1.b) del RESE. La autorización recogida en este artículo está formulada desde un punto de vista negativo, de manera que, sólo donde y cuando la norma comunitaria lo autorice se abrirá un espacio a la autonomía privada. En este sentido HERNANDO CEBRIÁ, L., “Aspectos sustantivos de la conformación estatutaria de la Sociedad Europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 1828, señala que “mediante la introducción de disposiciones estatutarias de remisión comunitaria («La SE se registrará: cuando el presente Reglamento lo autorice expresamente, por las disposiciones de los estatutos de la SE») se reconoce una capacidad de autorregulación a los fundadores de la misma para aquellas materias en las que el Reglamento comunitario autorice, de forma expresa, un espacio de libertad a la conformación estatutaria”; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas”, ya cit., pág. 29, indica que “... la SE se registrará por las disposiciones estatutarias «sólo cuando el presente Reglamento lo autorice expresamente»... dicha autorización queda excluida respecto de las cláusulas estatutarias que o bien se aparten de la disciplina reglamentaria o bien amplían esta última, con independencia de que contravengan o no los principios ordenadores del Reglamento. Sólo allí donde la norma comunitaria expresamente lo autorice queda abierto un espacio a la autonomía estatutaria cuya amplitud ciertamente dependerá de las legislaciones de los Estados miembros”.

⁵⁴⁰ En este sentido FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas”, ya cit., pág. 30, señala: “las exigencias de información y asesoramiento al inversor pueden, en efecto, atenderse merced al papel que en la actualidad desempeñan los intermediarios financieros, los deberes fiduciarios, especialmente el de lealtad, y los dispositivos bursátiles de información y transparencia, sin que para ello sea preciso acudir a normas de carácter imperativo. Cualquiera que sea la valoración que del Derecho de sociedades anónimas merezca como instrumento de protección del mercado de capitales, el instrumental de tutela por excelencia del accionista-inversor hay que buscarlo en el ordenamiento regulador de este último y no en las normas jurídico-privadas de la legislación societaria”.

⁵⁴¹ Véase ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la*

En todo caso y teniendo en cuenta que la SE es un híbrido regulado en parte por el Derecho comunitario y en parte por los Derechos nacionales, creo que siempre quedará un margen abierto a la autonomía estatutaria, más o menos amplio, en función de lo que resulte de las legislaciones de los Estados miembros, ya que el propio RESE establece que las materias no reguladas por el Reglamento o reguladas sólo en parte y en relación con las cuestiones no reguladas se registrarán en primer término, por las disposiciones legales que adopten los Estados miembros en aplicación de las medidas comunitarias que se refieran específicamente a las SE⁵⁴²; en segundo término, por las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en que la SE tenga su domicilio social⁵⁴³; y en último término, por las disposiciones de los estatutos, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en que la SE tenga su domicilio social⁵⁴⁴. En consecuencia, el margen conferido a la autonomía privada será más o menos amplio, en función de la mayor o menor amplitud con la que cada Estado miembro haya regulado esta materia para sus sociedades anónimas.

En última instancia el RESE abre posibilidades de futuro para poder ampliar el margen de la autonomía privada en las SE, pues en el informe que la Comisión había de presentar al Parlamento Europeo y al Consejo, a más tardar en el plazo de cinco años después de la entrada en vigor del Reglamento, debía analizar, entre otras cuestiones, la conveniencia de permitir a los Estados miembros adoptar disposiciones autorizando la inserción en los estatutos de la SE de cláusulas que no se admitirían en los estatutos de una sociedad anónima con domicilio social en los Estados miembros⁵⁴⁵. Lo cierto es que el RESE, a tenor de lo previsto en su artículo 70, entró en vigor el 8 de octubre de 2004 y que la Comisión, en cumplimiento del mandato normativo contenido en el artículo 69, presentó

Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores. ya cit., pág. 59, y VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación”, ya cit., pág. 77.

⁵⁴² Según lo dispuesto en el artículo 9.1.c) i) del RESE. Este apartado, del artículo 9, hace referencia a las disposiciones que adopten los Estados miembros para garantizar la efectiva aplicación del RESE, a tenor de lo previsto en el artículo 68 de dicho texto legal. Tales disposiciones deberán de ser conformes con las directivas aplicables a las sociedades anónimas a que se refiere en anexo I del RESE, tal y como se desprende del artículo 9.2 del mismo.

⁵⁴³ A tenor de lo previsto en el artículo 9.1.c) ii) del RESE. Se refiere a las disposiciones que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales del Estado miembro donde la SE tenga su domicilio social. Además el artículo 10 del RESE establece el principio de igualdad entre las sociedades anónimas nacionales y la SE. Con esta regla tal y como dice GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “El reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, ya cit., pág. 14, se pretende “prevenir en materias no reguladas por el RESE, discriminaciones injustificadas de la SE y, por ello, evitar una especie de competencia desleal de los Estados a favor de sus tipos nacionales”.

⁵⁴⁴ Así viene establecido en el artículo 9.1.c) iii) del RESE. Por tanto, la autonomía privada deberá respetar los límites establecidos por la legislación nacional. En otras palabras, en el ámbito de las materias no reguladas la autonomía de la voluntad se desarrollará dentro de los límites permitidos a las sociedades anónimas, por el Derecho nacional del país donde la SE decida establecer su domicilio social.

⁵⁴⁵ Según lo dispuesto en el artículo 69. d) del RESE. Tal y como señala HERNANDO CEBRIÁ, L., “Aspectos sustantivos de la conformación estatutaria de la Sociedad Europea domiciliada en España”, ya cit., págs. 1857-1858, “...esta disposición se debe comprender a partir del carácter político y de consenso del cual resulta la regulación actual, que desvirtúa la pretensión de alcanzar un completo y sistemático régimen jurídico de la SE. El ambicioso proyecto de dotar a la SE de un régimen jurídico propio se mantiene mediante esta previsión, no obstante la adopción, en la regulación en vigor, de una técnica reguladora compleja, que exige una continua interrelación de normas comunitarias y nacionales. La solución actual es debida, en buena parte, al estado de armonización existente en sede de sociedades. Por lo tanto, la previsión del artículo 69 del RESE encuentra justificación en la espera de futuras aproximaciones legislativas en sede societaria, respecto de las cuales la SE, ya mediante la introducción de nuevas normas de carácter material en el Reglamento, pueda jugar una posición angular”.

El informe de la Comisión se examina en el apartado II, punto 10 de este Capítulo segundo, por lo que me remito a lo en él recogido.

el preceptivo informe con fecha 17 de noviembre de 2010, COM (2010) 676 final. En dicho informe puede leerse, en relación con la temática que nos ocupa (artículo 69 d) del RESE) que “algunas de las respuestas recibidas en la consulta pública mencionan una serie de problemas prácticos derivados de las diferencias que presenta la regulación nacional del proceso de traslado de domicilio social de las SE, así como de la complejidad o la falta de claridad de las normas que rigen la organización interna de esas sociedades. Los participantes en la conferencia sugieren que «el Estatuto de la SE debe ofrecer a los fundadores y a los accionistas más flexibilidad» en esa materia, «incluso aunque no exista tal flexibilidad para las empresas nacionales del Estado miembro donde esté registrada la SE». Ello reduciría, además, el número de remisiones a las legislaciones nacionales. Sin embargo, dado que, de procederse así, las SE entrarían en competencia directa con las formas jurídicas nacionales, se expresan dudas sobre las posibilidades reales de avanzar políticamente en esta cuestión”.

No obstante, en las conclusiones la Comisión hace hincapié en que toda modificación que se pretenda introducir deberá de tener en cuenta que el estatuto de la SE, al que se llegó tras largas negociaciones, es fruto de un delicado compromiso. Añade, además, que “la Comisión está realizando hoy un ejercicio de reflexión sobre las posibles modificaciones del Estatuto a fin de presentar, en su caso, en 2012 las propuestas que sean oportunas...”.

d. SOCIEDAD CON DIVERSIDAD DE MODELOS Y CLÁUSULAS DE SALVAGUARDIA

A pesar del proceso de adelgazamiento y edulcoración al que se ha visto sometida la SE todavía conserva ciertos aspectos unificados, aunque otros muchos dependerán de la legislación nacional aplicable, bien por referencia a la normativa de las sociedades anónimas del domicilio de la SE, bien por las disposiciones específicas que los legisladores nacionales dicten sobre la SE. Por lo tanto, nos encontraremos con una diversidad de modelos de SE (tantos como Estados miembros)⁵⁴⁶.

Las SE, según dispone el RESE, se encuentran también sometidas a determinadas cláusulas de salvaguardia⁵⁴⁷ en virtud de las cuales la autoridad competente al efecto, en cada Estado miembro, podrá oponerse al traslado del domicilio social de una SE registrada en su territorio que suponga un cambio de legislación aplicable o a la participación de una sociedad sujeta a su ordenamiento en la constitución de una SE mediante fusión. Dicha

⁵⁴⁶ Es previsible que, tanto la armonización legislativa, llevada a cabo a través de las directivas comunitarias, como la competencia legislativa, suscitada entre los Estados miembros para atraer a los operadores económicos a su territorio, contribuirán a atenuar la diferencia entre los diversos modelos.

⁵⁴⁷ En efecto, el artículo 8.14 del RESE preceptúa que “la legislación de un Estado miembro podrá establecer, en lo que respecta a las SE registradas en su territorio, que un traslado de domicilio que suponga un cambio de legislación aplicable no surtirá efecto si, en el plazo de dos meses contemplado en el apartado 6, la autoridad competente de dicho Estado miembro se opusiere a ello. Sólo podrá producirse esta oposición por razones de interés público...” y el artículo 19 del referido texto legal determina que “en la legislación de los Estados miembros se podrá establecer que una sociedad sujeta al ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate no podrá participar en la constitución de una SE por medio de fusión en caso de que una autoridad competente de dicho Estado miembro se oponga a ello antes de la expedición del certificado a que se refiere el apartado 2 del artículo 25...” . En opinión de VELASCO SAN PEDRO, L. A. “Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación”, ya cit., pág. 79, este tipo de cláusulas “permiten a los Estados miembros obstaculizar la participación de una sociedad en la constitución de una SE o la aplicación de la movilidad societaria que introduce la figura, lo que no deja de incrementar la impresión general de *renacionalización* de la SE que produce la versión definitiva del RESE”.

oposición sólo podrá fundamentarse en razones de interés público y será recurrible en vía judicial⁵⁴⁸.

En mi opinión la multiplicidad de modelos de SE, tantas como Estados miembros, con las que nos vamos a encontrar dado el amplio margen de regulación que el RESE deja a los legisladores nacionales hace que la concurrencia entre las legislaciones de los distintos Estados miembros esté servida, con el consiguiente efecto negativo producido por el hecho de que algunos Estados miembros, con el fin de atraer a los operadores económicos a su país, implementen una regulación a la baja (*race to the bottom*). Incluso la SE puede llegar a entrar en competencia con las sociedades anónimas nacionales, puesto que aunque el RESE establece la igualdad de trato de las SE con las sociedades anónimas nacionales (artículo 10), teniendo en cuenta la diversa regulación de la figura, puede, en un momento dado, ser más interesante fundar una SE al amparo de un determinado ordenamiento jurídico de un Estado miembro con una regulación más permisiva, que constituir una sociedad anónima de Derecho nacional o bien, trasladar el domicilio a efectos de aprovechar las ventajas de un determinado ordenamiento.

Es inevitable pensar en el conocido ejemplo del Estado americano de Delaware por su capacidad para atraer a los operadores económicos dadas las ventajas que a éstos reporta constituir una sociedad en dicho Estado, teniendo en cuenta la manifiesta tolerancia de su legislación en materia de sociedades⁵⁴⁹.

e. SOCIEDAD ANÓNIMA. VALORACIÓN DE LA FORMA

Desde las primeras propuestas se concibió a la SE como una sociedad anónima: claramente en los Proyectos de 1970 y 1975⁵⁵⁰, con algunos matices en los de 1989 y 1991⁵⁵¹, donde se hacía referencia a que el hecho de decantarse por la forma de la sociedad

⁵⁴⁸ En la legislación española se recoge esta posibilidad en los artículos 464 y 465 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio y, publicada en el BOE número 161 de 3 de julio de 2010 (antiguos artículos 316 y 317 del TRLSA, añadidos por la Ley 19/2005 de 14 de noviembre sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España), permitiendo la oposición del Gobierno a propuesta del Ministerio de Justicia o de la Comunidad Autónoma donde la sociedad anónima tenga su domicilio social.

⁵⁴⁹ En este sentido puede resultar interesante una comparación entre los Estados Unidos y la UE, teniendo en cuenta que en ambas colectividades nos encontramos en presencia de una diversidad, tanto de sistemas jurisdiccionales como de ordenamientos jurídicos. En relación con esta materia puede consultarse DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “Conflictos de leyes e integración jurídica: Estados Unidos y la Unión Europea”, pág. web: <http://eprints.ucm.es/6886/1/UEConflLeyesAEDIPr2005.pdf>. Este autor, concretamente en la pág. 4, apartado 1, recoge: “El desarrollo de una estructura compleja, como es la Unión Europea, que da lugar a la aparición de un orden jurídico propio y en el que coexisten los sistemas jurídicos de los Estados miembros, unido al creciente impacto de sectores del Derecho Público sobre la ordenación de la actividad (comercial) transfronteriza, determina que las relaciones entre distintos ordenamientos puedan cobrar un renovado protagonismo en la configuración del DIPr también en el contexto europeo” y en apartado 2, añade: “Un aspecto clave en el que el DIPr en EEUU y la UE opera en un contexto que determina que la comparación resulte de especial utilidad, es el que tiene que ver con la presencia en cada una de esas entidades de una pluralidad de sistemas jurisdiccionales y ordenamientos jurídicos. La diversidad presenta varias manifestaciones en ambos sistemas, pues junto al plano vertical, relativo a las relaciones entre el ordenamiento federal o comunitario y los ordenamientos de los Estados miembros, como factor clave de heterogeneidad aparece el componente horizontal, relativo a las relaciones entre los diversos Estados que forman parte de la entidad política compleja”. Este artículo también está publicado en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo V, 2005, pág. 43-102.

⁵⁵⁰ El Proyecto de estatuto de SE de 1975 recogía en su Exposición de Motivos: “Considerando que el propio régimen de la sociedad anónima europea debe ser el de una sociedad de capital por acciones, que es el que más adecuadamente responde, tanto desde el punto de vista financiero como del de la gestión, a las necesidades de las empresas que realizan sus actividades a nivel europeo...”.

⁵⁵¹ El Proyecto de estatuto de SE de 1989 recogía en su Exposición de Motivos: “Considerando que el propio régimen de la SE debe ser el de una sociedad de capital por acciones, que es el régimen que mejor se

anónima no quería indicar, en modo alguno, que se pusiera trabas a las PYMES para acceder a la SE, concepción, está última, que se ha mantenido en el RESE⁵⁵², pero en cualquier caso, la forma a adoptar por la SE será, de modo exclusivo y excluyente, la de sociedad anónima que es el tipo que sirve de cobertura formal a la SE.

Los argumentos empleados para justificar la elección de este tipo societario basados, por una parte, en la universalidad del tipo⁵⁵³ y, por otra, en el hecho de que generalmente son las sociedades anónimas las que pueden acudir a los mercados públicos de capitales para su financiación⁵⁵⁴ (considerando que tal posibilidad parece de utilidad para la SE)⁵⁵⁵, siendo ésta, además, la forma habitual que adoptan las grandes empresas que precisamente por su tamaño parecen ser las más propicias a protagonizar los procesos de reestructuraciones empresariales, no dejan de ser controvertidos, puesto que, por una parte, la sociedad anónima no se configura jurídicamente en todos los Estados miembros para el mismo tipo económico de empresa, sino que cobija muy distintos tipos de empresas y, por otra, no se atiende, de manera adecuada, la posible utilización de la SE por las PYMES que en su desarrollo están llamadas a intervenir en operaciones de dimensión europea o, simplemente, a tener una implantación supranacional. Por ello, resulta discutible considerar que el RESE haya resuelto con claridad el modelo de sociedad anónima que se quiere plasmar, máxime teniendo en cuenta el contenido del Considerando 13 de la Exposición de Motivos⁵⁵⁶.

Estos argumentos, no exentos de validez en su momento, han experimentado variaciones a lo largo de los treinta años de gestación de la SE; actualmente el carácter transnacional no es ya patrimonio exclusivo de las grandes empresas. En este contexto

adapta, tanto desde el punto de vista financiero como del de su gestión, a las necesidades de las empresas que lleven a cabo sus actividades a nivel europeo... sin que por ello se pongan trabas a la constitución de SE por las PYMES”.

⁵⁵² Efectivamente, el artículo 1.1 del RESE comienza señalando que: “podrán constituirse sociedades en el territorio de la Comunidad en forma de sociedades anónimas europeas” y el Considerando 13 de la exposición de motivos, del citado texto, recoge: “El propio régimen de la SE debe ser el de una sociedad de capital por acciones, que es el régimen que mejor se adapta, tanto desde el punto de vista financiero como del de su gestión a las necesidades de las empresas que lleven a cabo sus actividades a escala europea...sin que por ello se pongan trabas a la constitución de SE por parte de las pequeñas y medianas empresas (PYMES)”. En relación con los reparos que despierta la función que la SE esté llamada a desempeñar en el ámbito de las PYMES, resulta interesante los comentarios efectuados por FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas”, ya cit., pág. 39 y ss.

⁵⁵³ Además, se debe de tener en cuenta que el Derecho relativo a las sociedades anónimas es el ámbito en el que se ha movido, fundamentalmente, el proceso armonizador del Derecho de sociedades en la CE y, por tanto, las diferencias, en cuanto a regulación se refiere, son menos significativas que en otras formas sociales. Tal y como señala DUQUE DOMINGUEZ, J. F., “La Societas Europea: los caracteres, el significado y el acceso a este tipo comunitario”, ya cit., págs. 254-255, “la sociedad anónima «forma de sociedad conocida y familiar en todos los Estados miembros», es la sociedad utilizada con más frecuencia en los países del originario Mercado Común. Cuando se comenzaron las discusiones sobre el tema, la sociedad de responsabilidad limitada era desconocida en los Países Bajos, aunque la función que cumple la distinción entre sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada se realizara en aquel país mediante la distinción entre s.a. abierta y la s.a. cerrada”, más adelante añade que “al hecho de ser un tipo de sociedad común a los países de la Comunidad, viene a unirse el hecho de que igualmente es un tipo de sociedad conocido fuera de la Comunidad”.

⁵⁵⁴ En la legislación española las sociedades de responsabilidad limitada, tienen expresamente prohibida la emisión de obligaciones, según lo previsto en el artículo 402 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio y, publicada en el BOE número 161 de 3 de julio de 2010 (antiguo artículo 9 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

⁵⁵⁵ VASSEUR, M., “Algunos argumentos en pro de una sociedad de tipo europeo”, ya cit., págs. 242-243.

⁵⁵⁶ ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, ya cit., pág. 147.

parece insuficiente la configuración de la SE como sociedad anónima, tal y como ponen de manifiesto las propuestas existentes sobre el Proyecto de Sociedad Privada Europea, lo que trasladado al entorno societario español vendría a ser, *grosso modo*, la fórmula de la sociedad limitada a escala europea; teniendo en cuenta las necesidades crecientes de las PYMES en el comercio transnacional cubriría la Sociedad Privada Europea la necesidad manifiesta de ofrecer un modelo organizativo más sugestivo para este tipo de sociedades que el de sociedad anónima que brinda el estatuto de SE⁵⁵⁷.

El tema de adecuación de la forma de la SE, a las exigencias de desarrollo y reestructuración de la economía europea, surgió, en círculos determinados, a raíz de la publicación de la primera propuesta de estatuto de SE de 1970⁵⁵⁸ y no ha desaparecido a lo largo de los treinta años que ha tardado en gestarse la SE⁵⁵⁹. El Proyecto de Sociedad Privada Europea, presentado como iniciativa privada de la Cámara de Comercio e Industria de París y del Consejo Nacional del Empresariado Francés en 1998, contiene treinta y ocho artículos, precedidos de una Exposición de Motivos y acompañados, algunos de ellos, de breves comentarios y se presenta como una propuesta complementaria a la SE, como un tipo más, adaptado a las necesidades y exigencias de las PYMES. No obstante, el Estatuto de SE aprobado por el RESE ha posibilitado que las PYMES puedan acudir a la forma jurídica de la SE⁵⁶⁰, queda por ver si en la práctica esta forma resulta adecuada y se adapta a las necesidades y exigencias de estas pequeñas y medianas empresas⁵⁶¹.

⁵⁵⁷ En relación con esta idea véase VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación”, ya cit., pág. 81.

⁵⁵⁸ Lo cierto es que la cuestión de utilizar la sociedad de responsabilidad limitada como forma o tipo de sociedad comunitaria se examinó durante la celebración del VII Congreso internacional de la sociedad de responsabilidad limitada celebrado, en Colonia, en 1962, y más específicamente en el Congreso celebrado en París por los mismos años, pero a posteriori la cuestión fue abandonada, aunque sin embargo, no desapareció del todo. Así, en las Jornadas de Venecia celebradas por la sociedad italo-germana para el intercambio cultural entre juristas alemanes e italianos, Mertens en la conclusión a su ponencia apunta a la posibilidad de que, junto con la SE, se ofrezca a los interesados otra forma que corresponda a la sociedad de responsabilidad limitada. Todas estas ideas son objeto de análisis y dan lugar al primer estudio del Centro de Investigación sobre el Derecho de los negocios (Centre de recherche sur le Droit de affaires –CREDA-) que después Boucourechliev recoge en un importante libro. Véase BOUCOURECHLIEV, J., *Pour une s.a.r.l. européenne*, Presses Universitaires de France, París, 1973, (concretamente el punto 3, parte tercera, págs. 245-259 se dedica a “*Le statut de la société européenne à responsabilité limitée*”; DUQUE DOMINGUEZ, J. F., “La Societas Europea: los caracteres, el significado y el acceso a este tipo comunitario”, ya cit., págs. 257-261.

⁵⁵⁹ Cabe hacer mención al estudio del CREDA titulado “Propositions pour une société fermée européenne”, dirigido por BOUCOURECHLIEV, publicado por la Comisión Europea, en diciembre de 1997 y, fundamentalmente al Proyecto sobre “La société privée européenne: une société partenaires”, que incluye un “Projet de règlement relatif au statut de la société privée européenne: une société fermée”, elaborado por un grupo de trabajo de la Cámara de Comercio y de Industria de París (CCIP) y del Consejo Nacional del Empresariado Francés, compuesto por representantes de empresa y especialistas en Derecho de sociedades de distintas nacionalidades. Véase ESTEBAN VELASCO, G., “La sociedad cerrada europea: ¿figura complementaria o alternativa a la sociedad europea?”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 13, 1999, pág. 163. En relación con esta materia puede consultarse la página web: <http://www.creda.ccip.fr/zephyr/recherche.asp?recherche=propositions+pour+une+societe+fermee+europeenne&option=0&nbcount=10>.

⁵⁶⁰ La posibilidad de que las PYMES puedan acceder a la SE se pone de manifiesto por la cuantía de capital que se impone para la constitución de las SE (120.000 Euros), cifra que, sin duda, está al alcance de la mayoría de las PYMES y más de las que intervienen en el comercio de carácter transnacional europeo. En este sentido el Considerando decimotercero de la Exposición de Motivos del RESE manifiesta que el nivel exigido de capital mínimo, para garantizar que las sociedades dispongan de patrimonio suficiente, no significa que se pongan trabas a la constitución de SE por parte de las PYMES. A mayor abundamiento, el artículo 2.2 del RESE recoge la posibilidad de que, tanto las sociedades anónimas, como las sociedades de responsabilidad limitada, que reúnan determinados requisitos contemplados en dicho artículo, puedan promover la constitución de una SE *holding*, asimismo el artículo 2.3 del RESE posibilita la constitución de una SE filial a las sociedades contempladas en el artículo 48 del TCE (a tenor de lo previsto en el citado artículo del TCE por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las

De la forma de anónima de la SE se desprenden otro tipo de características inherentes a dicha condición que expondré, brevemente, en los párrafos siguientes.

El capital social que no podrá ser inferior a 120.000 €⁵⁶² estará dividido en acciones⁵⁶³; la materia relativa al desembolso mínimo del valor de las acciones se remite a la legislación del Estado del domicilio de la SE⁵⁶⁴; la responsabilidad de los accionistas es limitada, cada accionista sólo responde hasta el límite del capital que haya suscrito⁵⁶⁵; dispone de una estructura corporativa⁵⁶⁶ y adquiere personalidad jurídica propia mediante la correspondiente inscripción en el registro designado por la legislación del Estado miembro donde tenga su domicilio⁵⁶⁷. Si bien, hay que puntualizar que no podrá registrarse ninguna

demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persiguen un fin lucrativo).

⁵⁶¹ En relación con las propuestas de la Sociedad Privada Europea, véase: ESTEBAN VELASCO, G., “La sociedad cerrada europea: ¿figura complementaria o alternativa a la sociedad europea?”, ya cit., págs. 163 y ss.; GIL PECHARROMÁN, X., “Sociedad Privada Europea: La Pyme traspasa fronteras” y LUCINI MATEO, A., “Hacia la Sociedad Privada Europea: luces y sombras”, ya cit., págs. 34-36 y 36-37; BOQUERA MATARREDONA, J., y, LATORRE CHINER, N., “La Sociedad Privada Europea”, ya cit., 2009-2, págs. 79-128; VIERA GONZÁLEZ, A. J., “La Sociedad Privada Europea: una alternativa a la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, ya cit., págs. 1331-1392.

⁵⁶² Ahora bien, se debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 5 del RESE. Puesto que, cuando la legislación de un Estado miembro fije un capital suscrito superior para sociedades que ejerzan determinados tipos de actividad, dicha legislación se aplicará a las SE que tengan su domicilio social en dicho Estado miembro.

⁵⁶³ Relevante característica de este tipo social que sirve para despersonalizar su estructura, facilitando el ejercicio de la transmisión de los derechos de socio y permitiendo la financiación a través del público, dado el acceso de las grandes sociedades al mercado de valores.

⁵⁶⁴ La fijación de una cifra de capital mínimo no constituye un instrumento adecuado para la selección de tipos, ni constituye una garantía efectiva para terceros; si bien, se utiliza como medio para impedir o dificultar que las empresas que tengan una escasa dimensión económica puedan acceder a determinados tipos de sociedades, así como, para dotar de una mínima base patrimonial a la sociedad en sus comienzos.

⁵⁶⁵ Según lo dispuesto en el artículo 1.2 del RESE. Efectivamente, el hecho de que por un lado, se dote a la sociedad anónima de una personalidad jurídica propia y, por otro lado, se limite la responsabilidad de los accionistas contribuye a que la sociedad goce de una total autonomía jurídica y patrimonial en relación con sus socios, que no quedarán afectados por las obligaciones asumidas por la sociedad.

⁵⁶⁶ A diferencia de las sociedades de tipo personalista donde el ejercicio de la actividad social y, más concretamente, las tareas de gestión y representación vienen atribuidas a los socios, es característico de las sociedades anónimas dotarse, a estos efectos, de una estructura orgánica de tipo corporativo; estructura que variara en función de la legislación del país que se considere (sistema monista o dualista), si bien, como mínimo, contempla dos tipos de órganos. Por un lado, nos encontramos con los órganos que se encargan con carácter permanente de la administración de la sociedad y, en su caso, de la supervisión (órgano u órganos de administración, en función de que rija un sistema monista o dualista) y, por otro lado, con un órgano de representación de los accionistas, la Asamblea o Junta general de accionistas, cuyas funciones, básicamente, suelen consistir en la aprobación de las cuentas y la aplicación de resultados, la censura y nombramiento de miembros del órgano de administración, las modificaciones estatutarias y estructurales (supuestos de fusión, transformación, etc.). Así pues, la SE, al ser una sociedad anónima, contiene este tipo de estructura orgánica de carácter corporativo que es consustancial a este tipo societario. Además, en esta materia, el RESE ofrece una regulación con cierto detalle, que se recoge en el Título III, artículos 38 a 60, cabe destacar la posibilidad que se brinda a la autonomía de la voluntad al poder configurar la forma de administración de la SE, mediante la elección entre el sistema monista o dualista, según se determine en los estatutos. Teniendo en cuenta que algunos Estados miembros sólo reconocen en sus ordenamientos uno de estos dos sistemas, el RESE, en los artículos 39.5. (para el sistema dual) y 43.4. (para el sistema monista), se ha limitado a autorizar a los Estados miembros para que, respecto al sistema que les sea desconocido, adopten las medidas que estimen oportunas en relación con las SE.

⁵⁶⁷ En efecto, el artículo 1.3 del RESE, establece: “la SE tendrá personalidad jurídica propia”, que según lo preceptuado en el artículo 16.1 del RESE se adquirirá a partir del día en que se haya inscrito en el registro al que hace referencia el artículo 12.1 de dicho texto, esto es, el registro que señale la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SE. Para las SE que tengan su domicilio en España, a tenor de lo dispuesto en el artículo 457.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 314.2 del TRLSA), “la constitución y demás actos inscribibles de una SE que tenga su domicilio en España se inscribirán en el Registro Mercantil conforme a lo dispuesto para las sociedades anónimas”.

SE que no haya observado lo preceptuado en la Directiva sobre la implicación de los trabajadores⁵⁶⁸, que es de aplicación conjunta con el RESE.

El RESE establece un régimen para los actos realizados por la SE antes de la inscripción y consiguiente adquisición de personalidad jurídica, por el que, en el supuesto de que la SE no asuma las obligaciones derivadas de dichos actos, las personas físicas, sociedades u otras entidades jurídicas que los hayan realizado serán responsables solidarios de los mismos, salvo acuerdo en contrario⁵⁶⁹; ahora bien, dejando a salvo tal disposición, nada se dice en el RESE sobre el período relativo a la SE en formación, por lo que ante tal silencio y siguiendo el sistema de fuentes establecido en dicho texto⁵⁷⁰ habrá que acudir a las disposiciones legales de los Estados miembros que resulten de aplicación. En consecuencia, y por lo que respecta a las SE que establezcan su domicilio en territorio español, tendremos que valorar la posible integración del RESE mediante lo establecido, en esta materia, en el Derecho societario español⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ En efecto, según lo dispuesto en el artículo 12.2 del RESE “no podrá registrarse ninguna SE salvo que se haya celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores en virtud del artículo 4 de la Directiva 2001/86/CE, se haya tomado una decisión en virtud del apartado 6 del artículo 3 de la mencionada Directiva o haya expirado el período de negociaciones conforme al artículo 5 de la Directiva sin que se haya celebrado ningún acuerdo”. Además, para las SE que tengan su domicilio en España, de acuerdo con lo establecido en el artículo 114.3 del Reglamento del Registro Mercantil en la inscripción se hará constar la existencia de un acuerdo de implicación de los trabajadores conforme a la legislación aplicable, a cuyo efecto se acompañará a la escritura certificación comprensiva de su contenido, expedida por la autoridad laboral competente.

⁵⁶⁹ Así se establece en el artículo 16.2 del RESE. Esta disposición muestra una identidad total con el artículo 18.2 del Reglamento relativo al estatuto de la SCE, ambos artículos determinan que en el caso de que se hayan realizado actos en nombre de dichas sociedades antes de su inscripción y que después de dicha inscripción, la sociedad no asuma las obligaciones que se deriven de dichos actos, las personas físicas, sociedades u otras entidades jurídicas que los hayan realizado serán responsables solidarios de los mismos, salvo pacto en contrario. Por su parte, el artículo 9.2 del Reglamento relativo a la constitución de una AEIE contiene un criterio similar con la única diferencia de que el legislador no ha contemplado la posibilidad de pacto en contrario, dispone que si algunos actos han sido realizados en nombre de la agrupación antes de su registro y si la agrupación no asumiese después de su registro los compromisos derivados de tales actos, las personas físicas, sociedades y demás entes jurídicos que los hayan realizado, serán solidaria e indefinidamente responsables. La gran semejanza del contenido de los citados artículos tiene su origen en lo dispuesto en el artículo 7 de la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (DOCE L 065 de 14 de marzo de 1968), que establece: “si se hubieran realizado actos en nombre de una sociedad en constitución, antes de la adquisición por ésta de la personalidad jurídica, y si la sociedad no asumiese los compromisos resultantes de estos actos, las personas que los hubieran realizado serán solidaria e indefinidamente responsables, salvo acuerdo en contrario”.

De lo dispuesto en el artículo 16.2 del RESE parece deducirse que se reconoce la existencia de la “SE en formación”, que puede definirse como la situación en que la dicha sociedad se encuentra desde el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de constitución hasta su inscripción en el Registro Mercantil. Véase BOQUERA MATARREDONA, J., “Personalidad jurídica, inscripción, estatutos y publicidad registral de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 107.

⁵⁷⁰ Véase el Artículo 9.1.c) del RESE. El RESE dispone un sistema de fuentes que posibilita la integración de los sistemas nacionales, por tanto cuando estemos ante una materia no regulada o ante una materia regulada sólo en parte habrá que acudir, en relación con los aspectos no cubiertos, en primer lugar a las disposiciones legales que adopten los Estados miembros, específicamente, para la SE, y en su defecto, a las disposiciones nacionales que sean de aplicación a la propia forma social.

⁵⁷¹ De la sociedad en formación se ocupan los artículos 36, 37 y 38 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio y, publicada en el BOE número 161 de 3 de julio de 2010 (antiguo artículo 15 del TRLSA). En relación con los actos realizados en el periodo de formación y responsabilidad sobre dichos actos, resulta interesante consultar: DE LA VEGA GARCÍA, F. L., “Consideraciones sobre el período en formación de las sociedades europeas”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLLO, D., y EMBID IRUJO, J. M., (directores), Comares, Granada 2007, págs. 411-426.

f. LA MERCANTILIDAD Y UNIPERSONALIDAD DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

La característica de que la SE sea una entidad mercantil, con independencia de cuál sea su objeto social, no aparece en el RESE, aunque sí se recogía en anteriores proyectos⁵⁷². La motivación de que se eliminara debe de buscarse en el hecho de que en las legislaciones de algunos Estados miembros no existía distinción entre sociedades de carácter mercantil y otras sociedades y, por tanto, el establecimiento de la mercantilidad de la SE planteaba dificultades de aplicación en esos Estados; a mayor abundamiento, el RESE señala que la SE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social⁵⁷³, en consecuencia, se deberá de estar, en cuanto a la mercantilidad de la SE, a lo que determine la legislación nacional que le sea de aplicación.

La legislación española recoge el carácter mercantil de las sociedades de capital cualquiera que sea su objeto social⁵⁷⁴; sin embargo, en otros ordenamientos dicha calificación depende del objeto de la sociedad. En consecuencia, para los ordenamientos que, como el español, recogen el carácter mercantil de las sociedades anónimas con independencia de su objeto social, todas las SE serán mercantiles, puesto que son sociedades anónimas; mientras que el segundo caso, esto es, ordenamientos en los que la mercantilidad dependa de cuál sea el objeto social, presupone la posibilidad de que existan SE, tanto mercantiles, como civiles, en función de cuál sea su objeto social.

El RESE tampoco menciona nada en cuanto a las consecuencias de la no inscripción de la SE, por lo que, tal y como recoge BOQUERA MATARREDONA, J., “Personalidad jurídica, inscripción, estatutos y publicidad registral de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 107, “habrá que acudir al Derecho nacional del Estado miembro donde se pretenda constituir dicha sociedad para resolver este problema. En nuestro caso habrá que aplicar el artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas” (actuales artículos 39 y 40 de la Ley de Sociedades de Capital). En este mismo sentido se pronuncia DE LA VEGA GARCÍA, F. L., “Consideraciones sobre el período en formación de las sociedades europeas”, ya cit., pág. 418.

⁵⁷² Efectivamente, el artículo 1.3 de los Proyecto de estatuto de SE de 1975 y 1989, establecía que: “la SE será mercantil cualquiera que sea el objeto de su empresa”. Sin embargo en el Proyecto de 1991, al igual que en el texto definitivamente aprobado, se eliminó esta característica. Tal y como señala VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación”, ya cit., pág. 88, “la razón de la supresión, como explica la Exposición de Motivos de la Cuarta Propuesta, se debió a que «varios Estados miembros expusieron... las dificultades que planteaba la disposición, al no existir en su legislación la distinción entre sociedades de carácter mercantil y de otro tipo» (COM (91) 174-2 final, SYN 218, págs. 1 y 2)”.

⁵⁷³ En efecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 del RESE se establece la igualdad de trato entre las SE y las sociedades anónimas nacionales; a mayor abundamiento el Considerando quinto del RESE señala que “los Estados miembros tienen la obligación de garantizar que ninguna de las disposiciones aplicables a las SE en virtud del presente Reglamento entrañe discriminaciones derivadas de un tratamiento injustificadamente distinto de una SE con respecto a las sociedades anónimas ni limitaciones desproporcionadas a la constitución de una SE o al cambio de su domicilio”. En este sentido ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 80, argumentan que las consecuencias lógicas de que el artículo 10 del RESE asimile el régimen jurídico de la SE al de las sociedades anónimas nacionales son, “en primer lugar, que los Estados miembros deberán determinar las normas de desarrollo de la SE en todo lo que sea posible por aplicación extensiva de los preceptos de la sociedad anónima con el respeto debido a las peculiaridades del nuevo tipo societario; y, en segundo lugar, que no podrán establecer disposiciones nacionales aplicables exclusivamente a las SE, y no a las sociedades anónimas nacionales, salvo que esto sea permitido explícitamente por el RESE”.

⁵⁷⁴ Lo cierto es que el artículo 2 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio y, publicada en el BOE número 161 de 3 de julio de 2010 (antiguo artículo 3 del TRLSA) establece: “las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil”.

La posibilidad de que la SE sea una sociedad de carácter unipersonal parece, en principio, difícil de admitir. Efectivamente, de las formas de constitución que se recogen en el RESE, al menos en los supuestos de fusión, SE *holding* y constitución de filial común⁵⁷⁵, resulta difícil admitir que pueda darse tal posibilidad, puesto que en las constituciones de este tipo deberán de intervenir al menos dos sociedades, aunque nada impide que de esas sociedades preexistentes, que participen en la constitución, sea socio o accionista una misma persona jurídica o física⁵⁷⁶.

En el supuesto de transformación de una sociedad anónima en SE⁵⁷⁷, no veo impedimento para que la sociedad anónima preexistente que se transforma tuviera el carácter de sociedad unipersonal, siempre que el ordenamiento jurídico que le fuera aplicable admitiera tal posibilidad para las sus sociedades anónimas⁵⁷⁸.

El RESE en este tema, al igual que en otros muchos, se atiene a lo que resulte de la legislación de los Estados miembros, al establecer que: “salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, la constitución de una SE se regirá por la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado en que la SE fije su domicilio”⁵⁷⁹; sin embargo, presenta una excepción en el supuesto de que una SE decida constituir una o más filiales en forma de SE, declarando que, en estos casos, no 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 accionista⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ De la fundación de una SE mediante fusión se ocupa el apartado 1 del artículo 2 del RESE, el apartado 2 del citado artículo regula la constitución de una SE *holding* y su apartado 3 está referido a la constitución de una filial común y en todos los supuestos se exige la participación, al menos, de dos sociedades.

⁵⁷⁶ Se debe de tener en cuenta la condición de la SE como sociedad derivada, que exige la preexistencia de otras sociedades para organizar su constitución, de hecho las vías de acceso a este tipo societario que vienen reguladas en los artículos 2 y 3 del RESE siempre contemplan la previa existencia de otras sociedades o entidades jurídicas de los Estados miembros o de una SE.

⁵⁷⁷ La posibilidad de que una sociedad anónima constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, que tenga su domicilio y administración central en la Comunidad, pueda transformarse en SE, siempre que haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años, se recoge en el artículo 2.4 del RESE.

⁵⁷⁸ A raíz de la publicación de la Duodécima Directiva 89/667/CEE de 21 de diciembre de 1989 en materia de sociedades, es una característica generalizada de los Derechos de sociedades de los Estados miembros la admisión, incluso con carácter originario, de sociedades de responsabilidad limitada de un único socio que, en algunos ordenamientos, siguiendo la habilitación que confería el artículo 6 de la citada Directiva, se ha extendido a las sociedades anónimas. En España, a través del antiguo artículo 311 de la Ley de sociedades anónimas, se estableció que fuera de aplicación a la sociedad anónima unipersonal lo dispuesto en el Capítulo XI de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. La actual Ley de Sociedades de Capital recoge la regulación de la sociedad unipersonal en el Título I, Capítulo III, y concretamente el artículo 12 hace referencia a que dichas sociedades pueden ser tanto de responsabilidad limitada como anónimas. Véase VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación”, ya cit., pág. 87.

⁵⁷⁹ Según lo dispuesto en el artículo 15.1 del RESE. En opinión de ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 110, “se conecta de esta manera la SE al ordenamiento jurídico nacional, de tal manera que la SE no será un ente absolutamente independiente del Estado miembro donde tenga su domicilio, en virtud de su naturaleza comunitaria, sino que el lugar donde radique su domicilio social también condicionará su régimen jurídico *ad intra* –con los socios y en su organización interna– y *ad extra* –con los acreedores y terceros–”.

⁵⁸⁰ Lo cierto es que a tenor de lo previsto en el artículo 3.2 del RESE se permite la creación de una SE filial íntegramente participada por una SE preexistente. En este sentido DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Procedimientos para constituir una SE”, ya cit., pág. 293, señala que “una vez fundada una SE, ésta se encuentra dotada del privilegio de fundar unilateralmente una o varias SE. Estas nuevas sociedades unipersonales no estarán sometidas a las eventuales limitaciones o responsabilidades que un Estado miembro pudiera haber establecido para el régimen de sus propias sociedades unipersonales”.

Por último, señalaré que nada se dice en el RESE sobre una posible unipersonalidad sobrevenida después de constituirse la SE, por lo que, una vez más, entiendo que para la regulación de este posible supuesto deberemos acudir a lo preceptuado en la legislación del Estado miembro donde la SE tenga su domicilio social. Nuestra Ley de Sociedades de Capital contempla este supuesto explícitamente, estableciendo que se entiende por sociedad unipersonal anónima, la constituida por dos o más socios cuando todas las acciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio y añade que se consideran propiedad del único socio las acciones que pertenezcan a la sociedad unipersonal (artículo 12.b).

g. SOCIEDAD CON IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES

Precisamente, la participación de los trabajadores en la SE ha sido uno de los temas que más polémica ha levantado durante el largo proceso de gestación de este tipo societario y al que se debe, al menos en parte, la dilatación sufrida en la aprobación del Estatuto de la SE⁵⁸¹.

Los primeros Proyectos de 1970 y 1975 regulaban esta materia en el Reglamento que establecía el estatuto de la SE⁵⁸² y concebían un sistema uniforme de participación de los trabajadores en el gobierno de la SE mediante la integración de los representantes de los mismos en la estructura de la empresa, estableciendo un sistema de cogestión típico del Derecho alemán por el que los representantes de los trabajadores participaban, de alguna forma, en las decisiones sociales mediante el nombramiento de una parte de los miembros del Consejo de vigilancia⁵⁸³. En los Proyectos de 1989 y 1990, esta cuestión recibe un tratamiento específico, pasando a regularse mediante una Directiva de aplicación conjunta con el Reglamento sobre la SE, además, paulatinamente, se va perdiendo la uniformidad y suavizando el tratamiento dispensado a la materia; de hecho, el texto de la Directiva finalmente aprobada utiliza con carácter general el término “implicación de los trabajadores” en lugar del término “participación” que es más propio de un sistema de cogestión, sistema que pasa a ser uno más de los varios que pueden adoptarse.

Sin perjuicio del tratamiento, más amplio, que dispensaré a esta temática en el correspondiente epígrafe, paso, seguidamente, a hacer un somero examen de las diversas fórmulas de implicación de los trabajadores recogidas en la Directiva 2001/86/CE, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

En primer lugar cabe destacar que prima la autonomía de la voluntad, en virtud del proceso negociador que debe abrirse entre empresarios y trabajadores, aunque dicha autonomía está sujeta a determinados límites⁵⁸⁴ y, obviamente, debe de moverse dentro de

⁵⁸¹ Se debe tener muy presente que las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, en esta materia, eran muy diferentes. España manifestó hasta última hora sus reticencias, extremo que he recogido, ampliamente, en los epígrafes precedentes relativos a la evolución y aprobación del estatuto de la SE.

⁵⁸² Véase el artículo 137.1 del Proyecto de estatuto de SE de 1970 que fijaba el derecho de los trabajadores a designar un tercio de los miembros del órgano de vigilancia, sin perjuicio de que los estatutos pudieran elevar dicha cifra y el artículo 74-a del Proyecto de 1975 que establecía: “1. El Consejo de vigilancia estará compuesto en un tercio por representantes de los accionistas, en un tercio por representantes de los trabajadores y en un tercio por miembros cooptados por esos dos grupos...3. Los representantes de los trabajadores serán designados conforme al artículo 137. 4. Los miembros cooptados del Consejo de vigilancia serán designados conforme a los artículos 75-a y 75-b...”.

⁵⁸³ Consecuentemente, se imponía el sistema de administración dualista, de clara inspiración germánica, compuesto por dos órganos de administración (un órgano de dirección y un órgano de vigilancia). Véase el artículo 62 de los Proyectos de estatuto de SE de 1970 y 1975.

⁵⁸⁴ Según lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva 2001/86/CE, en ningún caso se podrá acordar que la SE no tenga sistema alguno de implicación de los trabajadores. A mayor abundamiento, el artículo 12.2 del RESE exige, como requisito necesario a efectos registrales, que se haya establecido un régimen de implicación de los trabajadores.

las diversas fórmulas de implicación de los trabajadores que contempla la DITSE, pero el acuerdo no estará sujeto a las disposiciones de referencia, salvo disposición contraria en el propio acuerdo⁵⁸⁵. Estas fórmulas son⁵⁸⁶:

- Información, consistente en la transmisión al órgano de representación de los trabajadores o a sus representantes de las informaciones relevantes respecto a la SE, sus establecimientos y filiales.
- Consulta, consistente en la apertura de diálogo e intercambio de opiniones con el órgano de representación de los trabajadores o con sus representantes, de manera que éstos puedan expresar su opinión sobre las medidas previstas por el órgano competente y dicha opinión pueda ser tenida en cuenta en el marco del proceso de toma de decisiones en la SE.
- Participación, consistente en la influencia del órgano de representación de los trabajadores o de sus representantes en la sociedad, bien mediante el derecho de elegir o de designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad, o bien mediante 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.

Ahora bien, la CN podrá decidir no iniciar las negociaciones o dar por terminadas las ya iniciadas y basarse en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores, que estén vigentes en los Estados miembros en que la SE tenga trabajadores⁵⁸⁷, pero también puede suceder que las negociaciones entabladas no lleguen a buen término, bien porque no se logre un acuerdo, o bien porque finalice el plazo de negociación sin haber concluido acuerdo alguno⁵⁸⁸, en cuyo caso y a efectos de posibilitar la constitución de la SE⁵⁸⁹, entrarán en juego la denominadas disposiciones de referencia.

Las disposiciones de referencia deben ser dictadas por los Estados miembros, observando las pautas que se establecen en el Anexo de la DITSE, que consta de tres partes: parte 1, referida a la composición del órgano de representación de los trabajadores; parte 2, concerniente a disposiciones de referencia sobre información y consulta; y parte 3, relativa a disposiciones de referencia para la participación. Obviamente, serán de aplicación las disposiciones de referencia dictadas por el Estado miembro donde la SE fije su sede social y a partir de la fecha de inscripción⁵⁹⁰.

A fin de garantizar los derechos de los trabajadores se introdujo, en 1998 durante la presidencia inglesa del Consejo el principio “antes-después”. Con la introducción de esta fórmula, lo que se perseguía era conseguir que sólo se pudiera imponer un sistema de

⁵⁸⁵ A tenor de lo dispuesto en el artículo 4.3 de la DITSE “el acuerdo de implicación no estará sujeto a las disposiciones de referencia salvo que expresamente así se determine”.

⁵⁸⁶ Las distintas formas de implicación de los trabajadores en la SE se definen en el artículo 2 de la DITSE, precisando lo que se entiende por información (artículo 2 i) de la DITSE), por consulta (artículo 2 j) de la DITSE) y participación (artículo 2 k) de la DITSE).

⁵⁸⁷ De acuerdo con lo establecido en el artículo 3.6 de la DITSE “la Comisión negociadora podrá decidir, por la mayoría prevista más adelante, no iniciar negociaciones o terminar las negociaciones ya iniciadas y basarse en las disposiciones sobre información y consulta...”.

⁵⁸⁸ En efecto, el artículo 7.1. b) de la DITSE preceptúa que las disposiciones de referencia se aplicarán cuando así se decida o cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo en el plazo establecido y los órganos competentes, de cada una de las sociedades participantes, decidan aceptar dichas disposiciones a fin de continuar con el proceso de registro de la SE y siempre y cuando la CN no haya adoptado la decisión prevista en el apartado 6 del artículo 3.

⁵⁸⁹ Debemos recordar que no podrá registrarse ninguna SE, salvo que se establezca un régimen de implicación de los trabajadores (artículo 12.2 del RESE).

⁵⁹⁰ Efectivamente, el artículo 7.1, párrafo segundo de la DITSE establece que “las disposiciones de referencia previstas en la legislación del Estado miembro en el que vaya a situarse la sede social de la SE se aplicarán a partir de la fecha de inscripción de la SE...”.

participación o cogestión en los supuestos en que ya estuviera vigente dicho sistema, en determinadas proporciones, en todas o algunas de las sociedades participantes en la constitución de una SE.

La DITSE establece que, con el fin de respetar los derechos de participación de los trabajadores, se aplicarán las disposiciones de referencia contenidas en la parte 3 del Anexo (relativas a la participación) en los siguientes casos, según el modo de constitución:

- Transformación: cuando ya existían derechos de participación en la sociedad transformada⁵⁹¹.
- Fusión: cuando ya existían derechos de participación en el conjunto de sociedades participantes que afectaran a más del veinticinco por ciento de los trabajadores o en una proporción menor, si así se decidía por la CN⁵⁹².
- Creación de holding o filial: cuando ya existían derechos de participación en el conjunto de sociedades participantes que afectaran a más del cincuenta por ciento de los trabajadores o en una proporción menor, si así se decidía por la CN⁵⁹³.

En el supuesto de que las sociedades participantes cuenten con sistemas de participación diferentes, la CN de los trabajadores queda facultada para decidir el sistema a aplicar y, en su defecto, los Estados miembros podrán establecer las disposiciones aplicables que concreten este aspecto, cuando las partes no lo regulen⁵⁹⁴.

7. EL SISTEMA DE FUENTES DEL REGLAMENTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA.

El sistema de fuentes contenido en el RESE⁵⁹⁵, dada la naturaleza híbrida de la SE, resulta extremadamente complejo, puesto que, dejando a salvo algunos aspectos esenciales,

⁵⁹¹ A tenor de lo previsto en el artículo 7.2.a) de la DITSE, las disposiciones de referencia relativas a la participación se aplicaran “en el caso de una SE constituida por transformación, si las normas de un Estado miembro relativas a la participación de los trabajadores en el órgano de administración o de control se aplicaban a una sociedad transformada en SE”.

⁵⁹² Según lo establecido en el artículo 7.2.b) de la DITSE. En las SE que se constituyan por fusión se deberá tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 7.3 de la DITSE; esta disposición, introducida por exigencia de España, permite que en los supuestos de fusión los Estados miembros prevean que no se apliquen a las SE que fijen el domicilio social en su territorio las disposiciones de referencia relativas a la participación. Obviamente, el Estado miembro que recoja en su ordenamiento esta posibilidad lo único que conseguirá será vetar la inscripción en su territorio de SE formadas por empresas que tuvieran sistemas de participación de los trabajadores.

⁵⁹³ A tenor de lo previsto en el artículo 7.2.c) de la DITSE, habrá que tener en cuenta si existía alguna forma de participación en las sociedades coparticipes en la creación de una SE *holding* o de una filial común y el porcentaje de trabajadores al que afectaban tales derechos.

⁵⁹⁴ Lo cierto es que el artículo 7.2, último párrafo de la DITSE viene a resolver los supuestos que pueden presentarse cuando las sociedades participantes en la constitución de una SE tuvieran distintos sistemas de participación, tal y como puede suceder en los casos en que concurran una sociedad alemana (sistema de elección directa) y una holandesa (sistema de cooptación).

⁵⁹⁵ Del sistema de las fuentes del Derecho aplicable a la SE se ocupa el artículo 9 del RESE. La mayoría de la doctrina, al estudiar el sistema de fuentes contenido en este artículo, hace referencia a la jerarquía normativa que establece y, en este sentido, creo que resulta interesante recoger la reflexión de Michel Coipel (*professeur émérite des Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix*) que considera que la fórmula “jerarquía de normas” resulta imperfecta para definir el objeto del artículo 9 (que debe contemplarse conjuntamente con el artículo 10). En efecto, con dicha fórmula se hace referencia, en sentido estricto, a una cuestión de control de conformidad entre normas de rango inferior y superior y, más concretamente, a un orden de prioridad entre las diversas fuentes de normas que rigen la SE. Ahora bien, los artículos 9 y 10, a los que hay que unir numerosas disposiciones del RESE que emplean los principios contenidos en estos dos artículos, tienen mayor alcance, puesto que, constituyen la espina dorsal del RESE, a saber: “*la pluralité des rattachements relatif aux normes applicables à la SE*”. El profesor Coipel estima que la fórmula “jerarquía de normas” es demasiado restrictiva y además, en cierta medida, equivoca por lo que decide sustituirla, en el

no establece una regulación ordenada y completa de los caracteres de este nuevo tipo societario, remitiéndose, con excesiva frecuencia, a otras fuentes normativas, principalmente a los Derechos nacionales del lugar del domicilio⁵⁹⁶.

Teniendo en cuenta lo escueta que es la regulación del RESE, la SE va a estar principalmente regida por el Derecho interno del domicilio social y en una pequeña parte por el RESE. Por tanto, existe una primacía jerárquica del RESE, pero en realidad una superioridad cuantitativa del Derecho interno⁵⁹⁷.

Los Proyectos de 1970 y 1975 establecían un régimen normativo exhaustivo, buscando crear un tipo societario de Derecho comunitario europeo⁵⁹⁸; en los Proyectos de 1989 y 1991 se suaviza el carácter comunitario con remisión a las diversas legislaciones nacionales de los Estados miembros donde la sociedad tuviera su domicilio⁵⁹⁹. En el texto finalmente aprobado por el RESE, la mayoría de las cuestiones se remiten a los Derechos nacionales y debo puntualizar que dicha remisión no se efectúa ya a título subsidiario,

estudio por él realizado, por *“la pluralité des rattachements relatif aux normes applicables à la SE”*. Véase COIPEL, M., *“La pluralité des rattachements aux normes applicables à la Société Européenne”*, *La Société Européenne*, JACQUES MALHERBE (coordinador), *Université Catholique de Louvain. Centre d’études Jean Renauld*, Bruylant, Bruxelles 2005, págs. 19-20.

⁵⁹⁶ Tal y como señala VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Sociedad anónima europea: una aproximación al sistema de fuentes”, ya cit., pág. 135, “en la última fase de negociación del estatuto de la SE, que se abre con la última propuesta de 1991 y culmina con el texto definitivamente aprobado en 2001, se produce un cambio de óptica. Se renuncia ya a cualquier intento de establecer una SE propiamente sometida al Derecho comunitario, ensayándose una vía media de interacción entre Derecho comunitario (RESE) y Derechos nacionales. Este cambio, en materia de fuentes, no podía sino ahondar en la invocación de los Derechos de los Estados miembros, que además, por la misma remisión sustantiva del propio Reglamento en multitud de aspectos no regulados, no cabía que fuera ya a título meramente subsidiario”.

⁵⁹⁷ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Los órganos de la Sociedad Anónima Europea: especialidades a la luz de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 44, diciembre 2005, pág. 159.

⁵⁹⁸ El Proyecto de estatuto de SE de 1975 recogía en su Considerando séptimo: “que la única solución para conseguir a la vez la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa europea es, por consiguiente, la de permitir la constitución, junto a sociedades dependientes de uno u otro Derecho nacional, de sociedades íntegramente regidas por un derecho único, directamente aplicable a todos los Estados miembros, eliminando así para esta forma jurídica de sociedad toda aceptación de dependencia jurídica a tal o cual país”.

A mayor abundamiento, el artículo 7 del citado Proyecto establecía:

“1. Salvo disposición en contrario, las materias regidas por el presente estatuto, incluso en aquellas cuestiones que no regule expresamente, estarán sustraídas a la aplicación de los Derechos de los Estados miembros. Cuando alguna cuestión no esté expresamente regulada, deberá ser resuelta:

- a) Según los principios generales en que se inspira este estatuto.
- b) Si estos principios generales no permitieran resolver la cuestión, según las reglas o principios generales comunes de los Derechos de los Estados miembros.

Para la aplicación del presente Reglamento, formarán parte de él las reglas o principios generales de los Derechos de los Estados miembros mencionados en el apartado b) anterior.

2. Las materias que no estén reguladas por el presente estatuto se someterán al Derecho nacional aplicable al caso”.

⁵⁹⁹ En el Proyecto de estatuto de 1989 ya se da cabida a los Derechos nacionales; así el Considerando quinto de dicho proyecto recoge “que resulta imperativo establecer, en la medida de lo posible, una correspondencia entre la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa europea; que, a tal fin, es conveniente prever la constitución junto a las sociedades de derecho nacional, de sociedades cuya formación y funcionamiento estén regulados por un reglamento de Derecho comunitario, directamente aplicable en todos los Estados miembros”.

Igualmente, el artículo 7 del citado proyecto, establecía:

“1. En materias a las que se aplique el presente Reglamento, los puntos que no estén expresamente regulados se resolverán:

- a) con arreglo a los principios generales en los que el presente Reglamento se inspira,
- b) si estos principios generales no permiten resolver el asunto, con arreglo a la ley aplicable a las sociedades anónimas en el Estado del domicilio de la SE...

3. En materias no reguladas por el presente Reglamento, se aplicarán a la SE las disposiciones de Derecho comunitario y del Derecho de los Estados miembros”.

puesto que son muchas las cuestiones que se remiten directamente a lo que determinen los legisladores nacionales sobre la materia con los parámetros fijados en el RESE⁶⁰⁰.

Efectivamente, después de la solemne declaración de que las SE se registrarán:

- a) por lo dispuesto en el presente Reglamento⁶⁰¹;
- b) cuando el presente Reglamento lo autorice expresamente por las disposiciones de los estatutos de la SE⁶⁰²;

se añade otra enumeración de fuentes, con llamada a la legislación de los Estados miembros, en relación con las materias no reguladas o reguladas sólo en parte, aclarando, de esta forma, que el Derecho comunitario del RESE únicamente tendrá aplicación (aunque el RESE no lo diga expresamente) en las materias reguladas por este Reglamento⁶⁰³.

Así pues, el RESE recoge el régimen normativo aplicable a las SE⁶⁰⁴ estableciendo una primera distinción entre materias reguladas y materias no reguladas (o reguladas sólo en parte). En líneas generales en el primer supuesto se aplicará el RESE y en el segundo, el Derecho nacional por remisión⁶⁰⁵.

⁶⁰⁰ Para justificar, en cierto modo, el proceso de remisión el Considerando noveno del RESE dice: “desde que la Comisión presentó en 1970 una propuesta de Reglamento «sobre el Estatuto de las sociedades anónimas europeas», modificada en 1975, los trabajos de aproximación de los Derechos nacionales de sociedades han progresado considerablemente, de manera que puede hacerse una remisión a las legislaciones sobre sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio social para todo aquello que afecte a la SE en los ámbitos en los que su funcionamiento no exija la existencia de normas comunitarias uniformes”.

⁶⁰¹ A tenor de lo preceptuado en el artículo 9.1.a) del RESE. Aunque no se exprese claramente, es obvio que el Derecho comunitario del RESE sólo será aplicable en las materias reguladas. Efectivamente, en las materias que específicamente estén reguladas por el RESE no serán de aplicación las normas nacionales sobre las sociedades anónimas, ni tampoco podrán los legisladores de los Estados miembros dictar, para la SE que se establezcan en su territorio, ninguna norma que contradiga lo preceptuado en el RESE.

⁶⁰² Así viene establecido en el artículo 9.1.b) del RESE. Las disposiciones estatutarias, en las materias expresamente autorizadas por el RESE, prevalecerán sobre cualquier otra norma de carácter nacional, ya sean normas establecidas *ad hoc* para las SE o para las sociedades anónimas nacionales. QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico), ya cit., pág. 155, considera que esta disposición resulta ciertamente estricta “ya que se exige invocación específica de los estatutos y no solamente silencio o permisividad legal derivada de norma dispositiva o no materialmente imperativa”.

⁶⁰³ En efecto, el artículo 9.1.c) del RESE dice que respecto de las materias no reguladas por el RESE o de las reguladas sólo en parte y en relación con los aspectos no cubiertos serán de aplicación las normas nacionales que expresamente se establezcan para las SE o bien las normas que generalmente sean de aplicación a las sociedades anónimas nacionales. Tal y como señala QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico), ya cit., pág. 155, la constatación de la existencia de una laguna total o parcial no siempre es sencilla. “El artículo 9.1.c), lo denomina «materias no reguladas o materias reguladas sólo en parte», distinción que usa para fijar a su vez el ámbito de la remisión subsiguiente. Si la laguna es total (materia no regulada), la supletoriedad también lo será; si la laguna es sólo parcial (materia regulada sólo en parte), la supletoriedad jugará exclusivamente respecto de los aspectos no cubiertos por el Reglamento”.

⁶⁰⁴ Véase el artículo 9 del RESE. En relación con el sistema de fuentes, contenido en este artículo, puede consultarse RESCIO, G. A., “La Società Europea tra diritto comunitario e diritto nazionale”, *Rivista delle società*, 2003-II, págs. 977-989.

⁶⁰⁵ Se debe tener en cuenta que determinados ámbitos jurídicos no están cubiertos por el Reglamento, por lo que no se deben confundir los conceptos “materia no regulada” y “ámbito no cubierto”. El Considerando 20 del RESE hace referencia a estos ámbitos (Derecho fiscal, Derecho de la competencia, Derecho de propiedad intelectual y Derecho concursal), señalando que deberán aplicarse a los mismos las disposiciones del Derecho de los Estados miembros y del Derecho comunitario.

Así, por ejemplo, en materia fiscal tal y como recoge UTANDE SAN JUAN, J. M., “La Sociedad Anónima Europea y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”, *Noticias de la Unión Europea*, número 229, febrero 2004, pág. 109: “de acuerdo con las normas de fiscalidad internacional aplicables en los Estados miembros, la SE estará sujeta al ordenamiento tributario del Estado de su domicilio social y su sede de dirección efectiva que, de acuerdo con el Estatuto (artículo 7) deben de coincidir. Podrá operar evidentemente en otros Estados miembros, en los que se considerará que dispone de

A. ÁMBITOS NO CUBIERTOS

El RESE emplea la expresión ámbito no cubierto⁶⁰⁶ para determinar una serie de materias que quedan excluidas de su regulación, materias a las que serán de aplicación las disposiciones del Derecho de los Estados miembros y del Derecho comunitario en las mismas condiciones que para las sociedades anónimas nacionales⁶⁰⁷.

Los ámbitos materiales no cubiertos son:

establecimientos permanentes a efectos fiscales. Para cada uno de tales establecimientos habrá que fijar independientemente el beneficio atribuible, que se someterá a imposición en el Estado donde se ubique el establecimiento. Sin perjuicio de lo anterior, la renta total de la entidad, sumadas las rentas de los establecimientos ubicados en Estados miembros distintos, quedará sujeta a gravamen en el Estado del domicilio, ahora bien, con la posibilidad de eliminar la doble imposición de acuerdo con los mecanismos unilaterales o bilaterales que resulten de aplicación (sistema de imputación o de exención, con sus híbridos correspondientes). Teniendo en cuenta lo anterior, será normalmente ventajoso que la SE se localice en Estados que apliquen el sistema de exención a las rentas procedentes de establecimientos permanentes extranjeros. En este mismo sentido MARTÍNEZ GINER, L. A., *Fiscalidad de la Sociedad Anónima Europea*, ya cit., pág. 72, señala que “como criterio general, ya conocido, la SE será sujeto pasivo por obligación personal del impuesto sobre beneficios de las sociedades en aquel Estado miembro en que tenga su residencia, tributando por toda su renta mundial. Al tiempo puede ser sujeto pasivo por obligación limitada o real de acuerdo con el criterio de la fuente en aquellos Estados en los que a través de establecimientos permanentes obtenga rendimientos tributando únicamente por tales rentas”. Para una mayor información sobre la fiscalidad de la SE, puede consultarse CASERO BARRÓN, R., “La Sociedad Anónima Europea. Aspectos en el Impuesto sobre Sociedades”. *Noticias de la Unión Europea*, número 229, febrero 2004, págs. 17-37; UTANDE SAN JUAN, J. M., “La Sociedad Anónima Europea y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”, ya cit. págs. 107-131; ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., págs. 289-336; LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. y HERRERA MOLINA, P. M., “Régimen fiscal de la Sociedad Europea”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L., (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 1111-1183; GARCÍA PRATS, F. A., “La residencia fiscal y la imposición sobre la renta de la Sociedad Anónima Europea en España”, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs.451- 484; MARTÍNEZ GINER, L. A., *Fiscalidad de la Sociedad Anónima Europea*, ya cit., págs. 81-328.

⁶⁰⁶ Tal y como he indicado en el pie de página precedente, es importante no confundir el concepto “ámbito no cubierto” con el de “materia no regulada”. La regulación del RESE es estrictamente societaria y por tanto, no contiene disposiciones sobre ámbitos materiales distintos al Derecho de sociedades. El Considerando 20 de RESE hace referencia a determinados ámbitos no cubiertos (Derecho fiscal, Derecho de la competencia, Derecho de propiedad intelectual, Derecho concursal) remitiéndose, para estos y otros ámbitos que no estén cubiertos, a las disposiciones de los Estados miembros y al Derecho comunitario; sin embargo, el artículo 9 del RESE hace referencia a “las materias no reguladas por el presente Reglamento o, si se trata de materias reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos por el presente Reglamento”.

⁶⁰⁷ Según lo previsto en el Considerando 20 del RESE en relación con el artículo 10 de dicho texto legal. Los ámbitos no societarios serán de aplicación a las SE en las mismas condiciones que se aplican a las sociedades anónimas nacionales, como recogen ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 67: “...esta previsión obedece, más allá de la técnica legislativa derivada del deseo de simplificación, a la necesidad de que no se establezca ningún trato de privilegio de las SE respecto de las sociedades nacionales. Si el Reglamento permitiera, por ejemplo, que en materia de competencia –aspecto no regulado en el RESE– las SE no estuvieran obligadas por las disposiciones comunitarias con el mismo alcance que las sociedades nacionales, se estaría creando un distorsión no fundada que favorecería la creación de SE según criterios ajenos a la propia caracterización del tipo social”.

- El Derecho fiscal⁶⁰⁸, el Derecho de la competencia, el Derecho de propiedad intelectual y el Derecho concursal⁶⁰⁹.
- La regulación de las ofertas públicas de títulos y las transacciones de títulos para obtener fondos⁶¹⁰.
- La regulación de los grupos de sociedades. En esta materia el RESE remite al Derecho Internacional privado que determinará la ley aplicable a la sociedad que ejerce el control y a la controlada⁶¹¹.

⁶⁰⁸ En opinión de MARTÍNEZ GINER el rasgo más destacable de los aspectos tributarios de la SE es precisamente la ausencia expresa de regulación específica aplicable a la misma, contrastando esta solución con la contenida en anteriores proyectos. Así en el Proyecto de 1970 se contenían específicas previsiones tributarias aplicables a la SE; los artículos 276 a 281 recogían propuestas tributarias en relación con determinadas cuestiones, como el propio concepto de residencia tributaria de la SE, el régimen tributario en la formación de un *holding*-SE o en caso de transferencia o traslado de la residencia tributaria de la SE, así como el esquema de compensación de pérdidas de los establecimientos permanentes y filiales con los beneficios domésticos de su SE en el Estado de residencia de ésta. Pero las dificultades existentes en la búsqueda del consenso necesario para la aprobación del estatuto de la SE alcanzaron, también, al ámbito tributario y en consecuencia, en los sucesivos proyectos se fueron reduciendo los preceptos relativos a las cuestiones tributarias, por lo que los Proyectos de 1989 y 1991 establecían, únicamente, una previsión tributaria referente a la compensación de pérdidas de los establecimientos permanentes de la SE situados en otro Estado miembro o incluso en un Estado tercero, con los beneficios de la SE en el Estado del domicilio en el que tuviera su residencia fiscal. El vigente RESE no contiene ninguna previsión tributaria, por lo que queda incólume el mosaico de regulaciones tributarias nacionales de los distintos Estados miembros, al no haberse alterado la soberanía fiscal de los mismos en este punto. Teniendo en cuenta los veinticinco Estados miembros de la UE, así como los tres Estados del Espacio Económico Europeo (Islandia, Noruega y Liechtenstein) a los que es de aplicación el RESE en virtud de lo previsto en el artículo 1 de la Decisión del Comité Mixto del Espacio Económico Europeo número 93/2002, de 25 de junio de 2002 por el que se modifica el anexo XXII del acuerdo y se añaden a los Anexos I y II del RESE las consiguientes referencias para incluir a las sociedades anónimas correspondientes a los indicados países (DOCE L 266, de 3 de octubre de 2002, págs. 69 y 70) podemos considerar que las SE son potencialmente sujetos de veintiocho sistemas tributarios diferentes, noventa y siete Convenios de doble imposición intracomunitarios además de varios Convenios de los países del Espacio Económico Europeo. Véase MARTÍNEZ GINER, L. A., *Fiscalidad de la Sociedad Anónima Europea*, ya cit., págs. 66, 67 y 69.

⁶⁰⁹ Lo cierto es que el Considerando 20 del RESE hace referencia expresa a determinados ámbitos no cubiertos, si bien dicha enumeración no constituye un *numerus clausus*, puesto que a reglón seguido dice que en los ámbitos enumerados “y en otros ámbitos no cubiertos por el presente Reglamento serán aplicables las disposiciones del Derecho de los Estados miembros y del Derecho comunitario”.

⁶¹⁰ En relación con estas materias el Considerando 12 del RESE dice que “las disposiciones nacionales aplicables a las sociedades anónimas que hacen ofertas públicas de títulos para obtener fondos y a las transacciones de títulos deben aplicarse también cuando la constitución de una SE se efectúe mediante una oferta pública de títulos, así como a las SE que deseen utilizar esos instrumentos financieros”.

⁶¹¹ Véanse los Considerandos 15, 16 y 17 del RESE. “El RESE dispone que, según el Derecho internacional privado, los derechos y las obligaciones relativos a la protección de los accionistas minoritarios y de terceros que afectan a una SE por el hecho de ejercer el control sobre otra empresa sometida a una legislación diferente, se rigen por el ordenamiento jurídico de la controlada, sin perjuicio de las obligaciones a que esté sometida la empresa que ejerza el control en virtud de su propio ordenamiento, por ejemplo en materia de cuentas consolidadas (C. 15 RESE). El régimen aplicable a una SE que sea controlada por otra empresa será el mismo que el aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro donde la SE tenga su domicilio social (C. 17 RESE), de acuerdo con las normas y principios del Derecho Internacional privado (C. 16 RESE)”. ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 68.

Realmente en Derecho español carecemos de una regulación específica sobre los grupos de sociedades; la propia Exposición de Motivos de la reciente Ley de Sociedades de Capital así lo reconoce al recoger en el Exponendo V: “...el legislador debe afrontar importantes reformas... con la creación de un derecho sustantivo de los grupos de sociedades, confinados hasta ahora en el régimen de las cuentas consolidadas y en esas normas episódicas dispersas por el articulado”. Tal y como recoge GIRGADO PERANDONES, P., “La situación legislativa de los grupos de sociedades en el Derecho español”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID

- El régimen sancionador por infracción de las disposiciones del RESE⁶¹².
- Determinadas actividades en sectores específicos⁶¹³.
- La regulación de las cuentas anuales y cuentas consolidadas⁶¹⁴.

Por último, indicaré que la materia relativa a la implicación de los trabajadores en la SE también puede considerarse como un ámbito no cubierto, si bien es una materia regulada por una directiva *ad hoc*, que constituye un elemento indisociable del RESE⁶¹⁵. Además, el sistema de implicación de los trabajadores o, en su caso, las normas de referencia, que en ausencia de acuerdo se establezcan a tenor de lo dispuesto en la DITSE, deberán ser respetadas tanto por las disposiciones legales como por las estatutarias que rijan la SE.

B. MATERIAS REGULADAS POR EL REGLAMENTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

Como ya he indicado anteriormente, las materias reguladas, que son bastante limitadas y no exentas de que determinados aspectos de las mismas sean objeto de remisión a los Derechos nacionales, son, básicamente, la constitución de la SE, el traslado de su

IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, pág. 390: “el régimen contemplado en las leyes dedicadas a las sociedades de capital no contiene un estatuto específico para los grupos, ni para las sociedades que lo integran, contando sólo con normas dispersas que atienden a este fenómeno en aspectos puntuales”. DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, A., considera que, a pesar de la falta de desarrollo tanto legislativo como jurisprudencial, los grupos de sociedades han sido objeto de atento estudio por parte de la doctrina española, por tanto cabría afirmar la existencia de un auténtico “Derecho de los grupos de sociedades”, dentro de la rica literatura científica sobre la disciplina mercantil del Derecho de sociedades. A pesar de que falta una regulación adecuada del Derecho de grupos de sociedades, que sólo se han disciplinado parcialmente, es de sobra conocido que, en Derecho español, los elementos que conforman un grupo de sociedades son la unidad de decisión y el control directo o indirecto de todas las sociedades por una de ellas. Véase DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, A., “Cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de los grupos de sociedades. Particular referencia a la teoría del administrador de hecho”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1299 y 1300. En sentido similar EMBID IRUJO, J. M., “La regulación de los grupos en la propuesta del Código de Sociedades Mercantiles”, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, opina que la reforma del artículo 42 del C.Com., llevada a cabo por la Ley de acompañamiento de 2003, ha supuesto un cambio sustantivo en ésta materia; el citado autor, en la pág. 392, señala que “a partir de dicha modificación legislativa, puede decirse con razonable seguridad que la «unidad de decisión» ha pasado a ser el criterio uniforme de delimitación del grupo en el Derecho mercantil español, lo que ha de ser valorado de manera muy positiva”.

⁶¹² Véase el Considerando 18 del RESE, en relación con el artículo 68 de dicho texto legal. El artículo 68 contiene un mandato a efectos de que los Estados miembros adopten las disposiciones pertinentes en orden a garantizar la efectiva aplicación del RESE y el Considerando 18 advierte sobre la conveniencia de garantizar que todos los Estados miembros apliquen, a las infracciones de las disposiciones del RESE, las sanciones que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales.

⁶¹³ A tenor de lo dispuesto en el artículo 9.3 y Considerando 26 del RESE se declara de plena aplicación para las SE, las leyes nacionales específicas que regulen un determinado sector de la actividad (artículo 9.3). El Considerando 26 hace referencia a determinados sectores como el relativo a las entidades financieras, que han sido parcialmente armonizados por la legislación comunitaria, sectores que, precisamente por la actividad desarrollada, suelen estar sometidos a un mayor control.

⁶¹⁴ Según lo dispuesto en el artículo 61 del RESE, la SE en lo referente a la elaboración de las cuentas anuales y, en su caso, de las cuentas consolidadas, del informe de gestión adjunto a las mismas, así como en lo relativo al control y publicidad de dichas cuentas anuales, se regirá por las normas aplicables a las sociedades anónimas nacionales del lugar en que la SE tenga su domicilio social.

⁶¹⁵ Hasta tal punto de que no podrá inscribir ninguna SE hasta que no se haya adoptado el correspondiente acuerdo sobre la implicación de los trabajadores o, en su caso, en ausencia de dicho acuerdo, se establezcan las oportunas normas de referencia (artículo 12.2 del RESE). Además, el Considerando 19 del RESE señala que las normas relativas a la participación de los trabajadores en la SE “constituyen un complemento indisociable del presente Reglamento y deben aplicarse concomitantemente”.

domicilio a otro Estado miembro, las vías de acceso a la SE y la estructura orgánica de la SE⁶¹⁶ y se rigen, en primer término, por las disposiciones establecidas en el RESE y, en segundo término, y cuando expresamente lo autorice el RESE, por la autonomía de la voluntad expresada en los estatutos sociales de la SE.

Debo hacer dos precisiones al respecto:

En cuanto a las materias reguladas, se establece un auténtico Derecho comunitario de aplicación e interpretación uniforme en todos los Estados miembros y con sometimiento al TJCE.

Y en cuanto a la autorización que expresamente concede el RESE, a efectos de que determinadas materias sean reguladas por la autonomía de la voluntad expresada en los estatutos sociales, debe entenderse que tiene carácter imperativo, por lo que dicho carácter lleva a proteger la autonomía de la voluntad frente a posibles intromisiones de los legisladores nacionales.

C. MATERIAS NO REGULADAS POR EL REGLAMENTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

En cuanto a las materias no reguladas y en cuanto a los aspectos regulados sólo en parte, se establecen dos tipos de remisiones: una remisión general y diferentes remisiones especiales⁶¹⁷.

a. REMISIÓN GENERAL

Las materias no reguladas por el Reglamento o las materias reguladas sólo en parte, siempre y cuando no exista una remisión especial al respecto, se registrarán:

- En primer lugar por las disposiciones nacionales de desarrollo de las normas comunitarias de la SE⁶¹⁸.

- En segundo lugar por las disposiciones nacionales sobre sociedades anónimas del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social⁶¹⁹.

⁶¹⁶ Si acaso, cabe añadir la temática relativa a la implicación de los trabajadores en la SE, de la que se ocupa la DITSE y que se considera complementaria del RESE y de aplicación concomitante (Considerando 19 del RESE).

⁶¹⁷ En opinión de DIVAR GARTEIZAURRECOA, J., “El Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (S.E.), de 8 de octubre de 2001”, *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pág. 850, “...el Derecho supletorio al Comunitario Europeo se conforma por la legislación de anónimas del Estado del domicilio de la SE (artículos 3 y 9.1.c) ii), en «igualdad de trato» (artículo 10) con las Compañías de Derecho nacional, incluido el régimen accionario (o de bonos o títulos asimilables conforme al artículo 5)”.

⁶¹⁸ En efecto, según lo establecido en el artículo 9.1.c) i) del RESE se registrarán “por las disposiciones legales que adopten los Estados miembros en aplicación de las medidas comunitarias que se refieran específicamente a la SE”. Las disposiciones adoptadas deben ser conformes con las directivas aplicables a las sociedades anónimas nacionales a que hace referencia el anexo I del RESE (artículo 9.2). En consecuencia, tal y como recoge QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico), ya cit., págs. 155-156, “se trata de la normativa nacional sobre la SE que habrá de incorporarse a los ordenamientos nacionales, sea para hacer posible la aplicación del propio Reglamento, sea para acoger la Directiva complementaria sobre implicación de los trabajadores”.

⁶¹⁹ De acuerdo con lo previsto en el artículo 9.1.c) ii) del RESE, en segundo lugar se registrarán “por las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social”. Esta remisión tiene una limitación consistente en que en ningún caso la aplicación del Derecho nacional puede frustrar el juego de las reglas del RESE.

- En tercer lugar por las disposiciones de los estatutos sociales en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas en el Estado miembro en que la SE tenga el domicilio social⁶²⁰.

b. REMISIONES ESPECIALES

A lo largo del articulado del RESE, y concretando las previsiones del artículo 9, se encuentran remisiones especiales para materias concretas. Estas remisiones, en unos casos, hacen referencia al Derecho nacional armonizado y en otros se refieren a la ley del lugar de constitución o del domicilio social; también, encontramos remisiones a otras directivas societarias⁶²¹ o a la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores. Finalmente, el RESE contiene en su articulado numerosos preceptos de habilitación a los Estados miembros para su desarrollo.

Además, el RESE hace referencia a actividades que estén sujetas en los Derechos nacionales a disposiciones específicas, concretando que estas disposiciones serán plenamente aplicables a las SE que desarrollen dichas actividades⁶²².

Debo añadir, finalmente, que el punto de conexión fijado por el RESE para la aplicación de una determinada legislación nacional es el del domicilio social de la SE⁶²³.

De la manera en que se articula el sistema de fuentes se infiere la intención de otorgar cierto predominio al Derecho comunitario. Efectivamente, las materias directamente contempladas en el RESE están reguladas, como no podía ser de otra forma, por un instrumento del Derecho comunitario como es el reglamento, que es de aplicación directa en todos los Estados miembros y, por lo tanto, excluyente de la aplicación de cualquier normativa de carácter nacional o de cualquier disposición de tal carácter que pueda contravenir lo previsto en el Reglamento.

Pero además, en relación con las materias en las que sea de aplicación una legislación nacional se mantendrá ese predominio del Derecho comunitario, no sólo en cuanto a la determinación de los casos en que procede dicha aplicación y al punto de conexión, sino también, en cuanto a su contenido, puesto que el RESE impone a las legislaciones nacionales determinados límites respecto a muchos de los aspectos remitidos, sin olvidar las limitaciones resultantes de la aplicación de otras normas comunitarias, como es el caso de las materias societarias regidas por directivas comunitarias, afectando dichas

Obsérvese, por tanto, que tal y como recogen MORILLAS JARILLO, M. J. y GRECHENIG, K. “La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español”, ya cit., pág. 4, las legislaciones nacionales reguladoras de la sociedad anónima son fuente de las SE en materias no reguladas por el Reglamento, a falta de norma específica adoptada por el Estado miembro en aplicación a dichas sociedades.

⁶²⁰ Efectivamente, según lo dispuesto en el artículo 9.1.c) iii) del RESE, en tercer lugar se regirán “por las disposiciones de los estatutos, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social”. Por tanto, el ámbito de la autonomía privada, en las materias no reguladas, estará dentro de los límites que permita el Derecho nacional a sus sociedades anónimas.

⁶²¹ En este sentido véase, por ejemplo, el artículo 37.6 del RESE en relación con la Segunda Directiva (77/91 CEE del Consejo de 13 de diciembre de 1976) o el artículo 3.2 del RESE en relación con la Duodécima Directiva (89/667/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1989). Las remisiones de este tipo convierten a las directivas en instrumentos de Derecho directamente aplicables trastocando la naturaleza jurídica de las mismas.

⁶²² En efecto, el artículo 9.3 del RESE establece que “si el carácter de la actividad que desarrolle una SE estuviere regulado por disposiciones específicas de Leyes nacionales, dichas Leyes serán plenamente aplicables a la SE”.

⁶²³ Véase el artículo 9.1.c) del RESE, objeto de los comentarios precedentes, así como otros muchos artículos de dicho texto legal, como son los artículos 3.1, 5, 8.5, 8.14, etc. En todos ellos se fija como punto de conexión, para la aplicación de una determinada legislación, el lugar donde la SE tenga su domicilio social.

directivas en materia societaria, no sólo a la legislación general sobre las sociedades anónimas de los Estados miembros, sino también, a la legislación que sobre SE llegue a adoptarse por los países comunitarios⁶²⁴. Sin olvidar que son frecuentes en el RESE las invocaciones a las directivas en materia de sociedades, en unos casos, al recordar que el Derecho nacional aplicable debe ser conforme a las mismas y, en otros casos, por invocación directa a una determinada directiva, con independencia de lo que pueda determinar el Derecho nacional aplicable⁶²⁵.

En mi opinión, el complejo sistema de fuentes contemplado en el RESE, así como la regulación parcial que establece por exclusión de determinados ámbitos (Derecho fiscal, Derecho de la competencia, Derecho concursal, etc.) y las continuas remisiones que contiene a la legislación nacional, ya sea la específica sobre la SE o la de general aplicación a las sociedades anónimas, sin olvidar las reiteradas referencias efectuadas a las directivas relativas a las sociedades o a la Directiva sobre implicación de los trabajadores, va a dar lugar a que en la práctica resulte complicado determinar cuál es el régimen jurídico aplicable a la SE.

D. LA AUTONOMÍA PRIVADA. EL PAPEL AUTORREGULADOR DE LOS ESTATUTOS

El RESE mantiene un concepto amplio de los estatutos, encontrándose contenido, dentro de dicho término, el acto constitutivo de la sociedad o contrato de sociedad⁶²⁶, acto que se recoge e instrumenta de forma diferente en los diversos Estados miembros⁶²⁷. Una vez establecido el alcance de este concepto, paso seguidamente a referirme al papel autorregulador que el RESE otorga a la autonomía privada expresada estatutariamente⁶²⁸.

⁶²⁴ Lo cierto es que el artículo 9.2 del RESE señala que “las disposiciones legales que adopten los Estados miembros específicamente para las SE deberán ser conformes con las directivas aplicables a las sociedades anónimas a que se refiere el anexo I”.

⁶²⁵ Véase, en relación con el sistema de fuentes del RESE, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “El reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, ya cit., págs. 11-14; VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación”, ya cit., págs. 96-103.

⁶²⁶ De hecho, el artículo 6 de RESE dispone que “a efectos del presente Reglamento, la expresión estatutos de a SE designará a la vez el acto constitutivo y, cuando constituyan un acto separado, los estatutos propiamente dichos de la SE”.

⁶²⁷ Efectivamente, la Ley de Sociedades Capital española en los artículos 22 y 23 distingue entre escritura de constitución y estatutos sociales (antiguos artículos 8 y 9 respectivamente del TRLSA).

⁶²⁸ En este sentido HERNANDO CEBRIÁ, L., “Aspectos sustantivos de la conformación estatutaria de la Sociedad Europea domiciliada en España”, ya cit., págs. 1836-1837, señala: “...las posibilidades de conformación estatutaria de la SE domiciliada en España encuentran determinados límites que han de ser objeto de consideración. En primer lugar, las normas de carácter imperativas, tanto las resultantes de un específico desarrollo legislativo nacional para las SE domiciliada en España, como las aplicables a las sociedades anónimas nacionales. Este margen de libertad estatutaria se ha de ajustar, por último, a la necesidad de igualdad de trato de la SE respecto del régimen jurídico de la sociedad nacional, con excepción de las especialidades contenidas en el propio Reglamento”; más adelante, en la pág. 1848, añade: “...del régimen dispuesto por el Reglamento comunitario se deduce una distinción, en la redacción de los Estatutos sociales, entre una disposiciones estatutarias de carácter obligatorio, unas normas de carácter condicionalmente facultativo, y otras estipulaciones de carácter meramente facultativo. Dentro de las primeras el artículo 38 del RESE exige que los Estatutos dejen constancia de la modalidad gestora elegida, bien la monista, bien la dual. En adición a lo antedicho, y dentro de la obligación de determinar el sistema de gestión escogido, los artículos 39.4, 40.3 y 43.2 del RESE imponen, ya como norma estatutaria de carácter condicionalmente facultativo, que, respecto de los órganos colegiados de gestión de la sociedad, los Estatutos señalen el número de miembros del órgano correspondiente, o las normas para su determinación. Estos artículos del Reglamento comunitario establecen un distinto espacio a la regulación de desarrollo nacional para cada uno de los órganos gestatorios. El párrafo cuarto del artículo 39 del RESE autoriza a los Estados miembros a introducir una limitación mínima o máxima, o ambas, en la composición del órgano de dirección. Por su parte, el apartado tercero del 40 RESE,

En dos ocasiones se invoca como fuente normativa la autonomía de la voluntad expresada en los estatutos sociales. En primer lugar y respecto a las materias reguladas, la autonomía privada ejerce una función normativa directa de segundo grado cuando el RESE así lo prevea expresamente; por lo tanto, en estos supuestos, las disposiciones del Reglamento deben ser tenidas por imperativas⁶²⁹; y, en segundo lugar, en relación con las materias no reguladas, los estatutos están llamados a completar el régimen jurídico de la SE (en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social)⁶³⁰, después de las disposiciones legales de desarrollo de las normas comunitarias sobre las SE y de las disposiciones nacionales aplicables a las sociedades anónimas. Por lo tanto, una vez más, se deja en manos de los Derechos de los Estados miembros el grado que se va a conferir a la autonomía privada en la configuración de la SE⁶³¹.

E. RECURSOS PARA LA INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS LEGISLATIVAS DEL REGLAMENTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

Uno de los problemas que puede presentarse, en las materias no reguladas o reguladas sólo en parte por el RESE, es que un determinado Estado miembro no regule alguna de las materias que han sido remitidas específicamente a lo que el legislador nacional determine para las SE que fijen su sede en dicho Estado miembro, en cuyo caso cabe preguntarse cuál sería el Derecho aplicable.

en relación con el número de miembros del órgano de control, extiende este margen de regulación también a la posibilidad de determinación legal del número de miembros exigidos para este órgano. Y, respecto del órgano de administración en el sistema monista de gestión, el apartado segundo del 43 RESE autoriza a los Estados miembros a la fijación de un número mínimo o, en su caso, máximo. En este último supuesto, cuando la representación de los trabajadores se integre en este órgano, el mismo deberá estar compuesto de, al menos, tres miembros. Los Estatutos de la SE, por tanto, se habrán de ajustar al esquema apuntado, en consideración a la ley nacional de desarrollo del Reglamento comunitario”.

⁶²⁹ Según lo dispuesto en el artículo 9.1.b) del RESE, “las SE se regirán: a)... b) cuando el presente Reglamento lo autorice expresamente, por las disposiciones de los estatutos de la SE”. Tal y como recogí en el apartado referente a las características generales comunes de la SE, la autorización recogida en éste artículo está formulada desde un punto de vista negativo, de manera que, sólo donde y cuando la norma comunitaria lo autorice se abrirá un espacio a la autonomía privada.

Además, esta autorización puede contener un mandato regulatorio concreto o no. Dentro del primer grupo se encuentra, entre otras, la autorización para la elección del sistema de administración, en este sentido el artículo 38 del RESE establece que la SE contará con un sistema monista o dualista de administración, en función de la elección que se efectúe; opción que deberá hacerse constar en los estatutos de la SE. En el segundo grupo, se pueden encontrar diversas autorizaciones que no contienen un mandato regulatorio concreto, si bien la previsión estatutaria adoptada debe ser conforme a las disposiciones de Derecho nacional; en este sentido el artículo 47.1 del RESE establece que: “los estatutos de la SE podrán estipular que una sociedad u otra entidad jurídica pueda ser miembro de uno de sus órganos, excepto cuando la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro donde esté domiciliada la SE disponga lo contrario”.

⁶³⁰ A tenor de lo previsto en el artículo 9.1.c) iii) del RESE, en las materias no reguladas o reguladas en parte serán de aplicación en primer lugar, las normas específicas reguladoras de la SE, en segundo lugar, las disposiciones nacionales que sean de aplicación a las sociedades anónimas donde la SE tenga su domicilio y en tercer lugar, las disposiciones estatutarias en las mismas condiciones que se establezcan para las sociedades anónimas nacionales.

⁶³¹ Tal y como señala HERNANDO CEBRIÁ, L., “Aspectos sustantivos de la conformación estatutaria de la Sociedad Europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 1847, “...la facultad de desarrollo estatutario se ha de ajustar, dentro de las normas de carácter comunitario y, por tanto, aplicable a toda SE con independencia de la radicación de su domicilio, a las reglas de Derecho material contenidas en el propio Reglamento. Por otra parte, en cuanto al ámbito reconocido para el desarrollo estatutario de la SE en cada uno de los Estados, se ha de atender a las limitaciones de derecho imperativo contenidas en la ley aplicable en el que se encuentre su domicilio social. Dado el orden de cascada de las fuentes, la limitación anterior, en este último caso, se ha de hacer extensiva, también, a las normas específicas reguladoras de la SE en el ámbito nacional, y a las normas comunitarias de aplicación a esta figura, que ostentan un carácter preferente”.

Los proyectos de estatuto de SE anteriores al texto definitivamente aprobado, hacían referencia a los principios generales en los que se inspiraba el estatuto y en el supuesto de que éstos no resolvieran la cuestión se hacía una remisión a los principios generales comunes de los Derechos de los Estados miembros⁶³², pero estas referencias han desaparecido en la versión definitiva⁶³³.

Para la resolución de la problemática planteada, algunos autores consideran que, desde el punto de vista técnico-teórico no debería ser de aplicación la normativa general de sociedades del Estado miembro que no ha adoptado las disposiciones precisas, puesto que lo que precisamente ha querido establecer el legislador comunitario es que el Estado miembro adopte medidas específicas que contemplen las peculiaridades de la SE y, por tanto, no debería aplicarse sin más el Derecho societario general. En consecuencia, ¿qué Derecho se debe aplicar? Dos son las posibilidades apuntadas:

- Acudir a los principios generales del Derecho comunitario societario, configurado en las directivas y en el propio RESE.
- Aplicar el Derecho societario general del Estado miembro para completar la laguna.

Naturalmente, averiguar cuáles son esos principios generales puede resultar una labor ardua y compleja en determinados casos. Por lo que, desde un punto de vista práctico la solución más sencilla es buscar, por los recursos de integración de lagunas generalmente aceptados en nuestros sistemas jurídicos, una solución jurídica en el Derecho general del Estado miembro en cuestión que, sin duda, será un Derecho mucho más complejo y regulado que el disperso y asimétrico Derecho comunitario societario. Si bien, en última instancia debería ser el TJCE el que resolviera, vía cuestión prejudicial, el posible conflicto planteado⁶³⁴.

Otros autores, sin embargo, consideran que, tal y como se deduce del propio RESE, habrá que recurrir al Derecho del Estado miembro que resulte aplicable⁶³⁵, sin tratar de agotar, previamente, la virtualidad del propio Reglamento mediante la analogía u otras técnicas de integración de lagunas. Sólo en el supuesto de que el Derecho nacional aplicable presentara lagunas habría que acudir a los mencionados instrumentos de integración, pero referidos a dicha legislación nacional⁶³⁶.

⁶³² En efecto, el Considerando duodécimo del Proyecto de estatuto de SE de 1975 señalaba que “para obtener todas las ventajas de la unidad de régimen, es importante que la totalidad de las normas sobre constitución, estructura, funcionamiento y liquidación de la SE se sustraigan a la aplicación de los Derechos nacionales; que es importante para ello establecer un estatuto de la SE integrado por un conjunto de disposiciones normativas y remitir a los principios generales comunes de los Derechos de los Estados miembros todas las cuestiones relativas a materias regidas por este estatuto y que no hayan sido expresamente reguladas en el mismo”.

⁶³³ La pretensión de los anteriores proyectos, de configurar el estatuto de la SE como un ordenamiento autónomo y cuasi autosuficiente, donde mediante la analogía y otros recursos de integración podrían resolverse las lagunas de regulación que apareciesen, quedó desactivada desde el momento en que el corpus del estatuto fue perdiendo su sustancia societaria y se abrió, por la técnica de las remisiones, la aplicación de los Derechos nacionales; por lo que lógicamente ya no se recoge en la versión definitiva del RESE. VELASCO SAN PEDRO, L. A. “Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación”, ya cit., pág. 102.

⁶³⁴ VICIANO PASTOR, J., “La Sociedad Anónima europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la Sociedad Anónima europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 50.

⁶³⁵ Teniendo en cuenta que el artículo 9.1.c) del RESE hace referencia a tres posibles fuentes con carácter subsidiario, por lo que, si un Estado miembro no regula de manera específica una materia se deberá acudir al Derecho nacional societario de dicho Estado y en el caso de que en ese Derecho se dejara autonomía para su regulación, a los estatutos sociales.

⁶³⁶ VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación”, ya cit., pág. 103.

En mi opinión, teniendo en cuenta, por una parte, que para las materias no reguladas o reguladas solo en parte, el RESE se remite a lo que los legisladores nacionales determinen expresamente para las SE que se establezcan en su territorio y en última instancia, a lo que determine la legislación nacional para sus sociedades anónimas y, por otra parte, que el estatuto de SE definitivamente aprobado obvia cualquier mención a los principios generales que lo inspiran, así como a los principios generales comunes de los Derechos de los Estados miembros, considero más atinada esta segunda corriente de valoración.

F. PROBLEMAS DE APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN MOTIVADOS POR EL SISTEMA DE FUENTES DEL REGLAMENTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

La pirámide normativa de fuentes que establece el RESE implica una regulación de carácter mixto que conlleva toda una problemática, tanto de interpretación e integración de las normas comunitarias, como de coordinación de dichas normas comunitarias con las diversas legislaciones nacionales, sin olvidar los problemas suscitados a la hora de integrar las lagunas, a los que hace referencia el apartado precedente⁶³⁷.

Sin duda, tanto los considerandos de la Exposición de Motivos del RESE, como un adecuado conocimiento y valoración del proceso histórico de la gestación de la SE, constituyen elementos valiosos a efectos de la interpretación y aplicación del RESE. Cabe sin embargo destacar que la técnica de remisiones al Derecho nacional, recogida en el sistema de fuentes, excluye de raíz la posibilidad de que la interpretación de normas singulares desemboque en la fijación de criterios hermenéuticos unitarios de alcance comunitario, aptos para garantizar en su homogeneidad una razonable seguridad jurídica⁶³⁸.

Otro problema que suscita esta regulación mixta, en la que se entrecruzan normas de Derecho comunitario y normas de Derecho nacional, y que debo apuntar, es la delimitación competencial entre los Tribunales comunitarios y nacionales⁶³⁹.

En mi opinión la regulación de este nuevo tipo societario por normas de naturaleza jurídica mixta (Derecho comunitario/Derecho nacional) va a dar lugar a que en la práctica surjan dudas interpretativas y competenciales en la aplicación del RESE, pues dejando aparte las escasas materias que se regulan con carácter común, existen otras realmente extensas y de relevante importancia (p.ej. la responsabilidad de los miembros de los órganos) que están reguladas por multiplicidad de legislaciones en función del país donde la SE establezca su domicilio social, lo que va a dar lugar a que nos encontremos con una auténtica maraña legislativa con los consiguientes problemas de interpretación y delimitación competencial que sin duda darán lugar a que se cree un clima de inseguridad jurídica en torno a este nuevo tipo societario, sin desdeñar los efectos nocivos que pueden

En este mismo sentido FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas”, ya cit., pág. 36, recoge: “el cuadro anteriormente descrito facilita, a mi juicio, una más correcta aproximación al artículo 9.1.c) del Reglamento, en el sentido de que habrá supuestos en que las lagunas de esta disciplina deberán integrarse por vía analógica a favor del ordenamiento nacional que resulte aplicable”.

⁶³⁷ En este sentido puede consultarse GARCÍA RIESTRA, M., “La sociedad anónima Europea”, ya cit., págs. 55-56.

⁶³⁸ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas” ya cit., pág. 34.

⁶³⁹ Según señalan MORILLAS JARILLO, M. J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, ya cit., pág. 60: “de la elección, de entre las fuentes comunitarias, del Reglamento y de la peculiaridad de éste, al requerir normas nacionales para su efectiva aplicación resaltamos dos consecuencias: por un lado, la necesidad de interpretación uniforme del Reglamento en toda la UE; por otro, la atribución a los jueces nacionales de la competencia para decidir si las disposiciones nacionales dictadas en su aplicación lo respetan”.

derivarse del desconocimiento tanto de la normativa aplicable, como de la interpretación que puedan llevar a cabo los Tribunales.

G. LA INCIDENCIA DE LA NORMATIVA NACIONAL EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

De lo dicho hasta ahora en relación con el sistema de fuentes contenido en el RESE se infiere la incidencia que las respectivas legislaciones nacionales van a tener en el régimen jurídico de la SE.

Lo cierto es que dejando a salvo las materias directamente reguladas por el RESE, en las materias no reguladas o reguladas sólo en parte cobran un importante protagonismo las legislaciones nacionales, debido a las continuas remisiones efectuadas por el legislador comunitario.

Efectivamente, en base a tales remisiones serán muchas las materias reguladas por las legislaciones nacionales, tanto por las disposiciones específicamente adoptadas para complementar lo dispuesto en el RESE y adaptar su normativa a este específico tipo societario, como por las normas previstas con carácter general para las sociedades anónimas creadas al amparo de la propia legislación nacional. El legislador comunitario ha fijado como punto de conexión para la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico nacional el lugar donde se sitúe del domicilio social de la SE y en base a dicha conexión será de aplicación la normativa que, a los indicados efectos, adopte un determinado Estado miembro, así como, la propia de general aplicación a sus sociedades anónimas.

En mi opinión esta técnica normativa va a dar lugar a que en la práctica nos encontremos con tantas SE como Estados miembros y, por tanto, se abra todo un abanico de opciones; es por ello que los legisladores nacionales, cuando acometan la tarea de realizar en sus ordenamientos jurídicos nacionales las adaptaciones precisas, deberán tener en cuenta las ventajas que una regulación más o menos flexible de esta materia les puede reportar en orden a conseguir una regulación más competitiva.

Considero, por tanto, que resulta conveniente destacar la importancia que tiene la normativa de adaptación nacional, sobre todo teniendo en cuenta la estrecha relación que se establece entre el RESE y los ordenamientos jurídicos nacionales y, en consecuencia, el relevante papel que se ha otorgado a los legisladores nacionales en lo tocante a la construcción de este nuevo tipo societario. Sin embargo, el ámbito de acción de los legisladores nacionales no es ni ilimitado, ni absoluto, puesto que en la elaboración de las disposiciones legales necesarias para desarrollar el estatuto de las SE domiciliadas en su territorio deberán respetar tanto el articulado como los principios contenidos en el RESE e, igualmente, lo establecido en las directivas comunitarias en materia de sociedades anónimas y, a mayor abundamiento e implícito en el respeto debido a la normativa contenida en el RESE, deberán dispensar a las SE que decidan establecerse en su territorio el mismo trato que el otorgado por su legislación a las sociedades anónimas nacionales⁶⁴⁰.

⁶⁴⁰ A tenor de lo dispuesto en el artículo 10 del RESE. Tal y como señala HERNANDO CEBRIÁ, L., "Aspectos sustantivos de la conformación estatutaria de la Sociedad Europea domiciliada en España", ya cit., pág. 1835: "...se pueden distinguir dos aspectos en cuanto al régimen jurídico de la SE. En primer lugar, respecto de aquellas materias de Derecho societario que no sean tratadas por el Reglamento, el artículo 10 del RESE impone un principio de «igualdad de trato» de la SE que tenga su domicilio en un Estado miembro respecto de la sociedad anónima constituida según la legislación nacional. Esta imposición restringe la capacidad de desarrollo normativo de la reglamentación nacional respecto de esta figura societaria".

8. VALORACIÓN DOCTRINAL

La valoración de la doctrina, relativa al nuevo tipo societario, se manifiesta de modo unánime al considerar que la figura de SE, regulada por el RESE (teniendo en cuenta el régimen jurídico aplicable a la misma), constituye un híbrido y que no se puede hablar del nacimiento de una verdadera SE de Derecho europeo (de una SE única), ni tan siquiera de una sociedad de tipo europeo, sino más bien, del nacimiento de múltiples sociedades con vestimenta europea que vienen a sumarse a las ya existentes en los diversos Estados miembros, puesto que, al lado de ciertas normas de carácter europeo que le son de aplicación, su regulación se integra con las normas de carácter nacional que cada uno de los Estados miembros dicte en aplicación del RESE y, en última instancia, será de aplicación lo previsto en dichos ordenamientos para las sociedades anónimas del lugar donde la SE decida ubicar su domicilio⁶⁴¹.

⁶⁴¹ Seguidamente recojo las opiniones de diversos autores. Entre otros muchos:

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “El reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, ya cit., pág. 9: “el RESE no crea un auténtico tipo societario europeo. La figura que se genera no es una SE única, con un régimen autónomo y exhaustivo, sino un tipo mixto. Un tipo societario con rasgos uniformes, pero que se integra en gran parte con elementos del Derecho nacional; en concreto, del Derecho del Estado donde cada SE fije su domicilio estatutario. Como se ha dicho es una sociedad nacional con vestido europeo. Esto explica que el contenido normativo del RESE acabe siendo una mezcla de Derecho material y Derecho conflictual”.

ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, ya cit., pág. 146: “en la primera lectura predomina la impresión de que, tras tan largo proceso de gestación, se ha producido un parto múltiple: no una sino varias SE, con plurales rasgos de paternidad según el domicilio nacional de nacimiento. Si se nos permite otra imagen podríamos decir que se ha creado una “marca comunitaria” con diversos “modelos de carácter nacional”. Sólo este débil vestigio nos llega de aquel bien pertrechado buque insignia del Derecho de sociedades comunitario que con tanto vigor impulsó la Comisión Europea de los años setenta, que creíamos definitivamente naufragado en los escollos de la cogestión germánica, pero que ha sido avistado por sorpresa en la Costa Azul, en las aguas mediterráneas de Niza”. Este mismo autor en “Reglamento (CE) núm. 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), y Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOL 294, de 10 noviembre 2001)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 17, 2001-2, pág. 440, dice: “de una SE concebida inicialmente en las propuestas de 1970 y 1975, como una Sociedad anónima exclusivamente europea, regulada en todos sus aspectos societarios por el Estatuto establecido en el Reglamento comunitario, se ha pasado a instaurar una SE sometida al Derecho comunitario directamente aplicable en el conjunto de la Comunidad, pero integrada en cierta medida en el Derecho interno del Estado miembro donde establezca su domicilio. Dicho de forma simplificada, se ha pasado de una SE comunitaria a un híbrido comunitario-nacional. Esta nueva concepción se refleja en el régimen de fuentes y en el carácter simplificado y fragmentario de las normas comunitarias del Reglamento sobre el Estatuto de la SE y de la Directiva complementaria sobre implicación de los trabajadores en la SE”.

También se pronuncian en similares términos MENJUCQ, M., “La société Européenne (règlement CE n° 2157/2001 et directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001), ya cit., pág. 246; FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, I., “El futuro del derecho de sociedades en Europa: A propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., pág. 1; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas”, ya cit., pág. 32; VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación”, ya cit., pág. 63; LUBY, M., “La Societas Europaea (SE): beaucoup de bruit pour rien (ou si peu...)!”, *Revue mensuelle du JurisClasseur Droit des Sociétés*, número 2, febrero 2002, pág. 8; MIOLA, M., “Lo statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dall’armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti”, ya cit., pág. 323; MORILLAS JARILLO, M. J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, ya cit., pág. 58; PALAO MORENO, G., *El traslado del domicilio social de la Sociedad Anónima Europea*, ya cit., pág. 86; TEICHMAN, CH., “La Societas Europaea (SE) entre el Derecho nacional y el europeo”, ya cit., pág. 115; MARTÍNEZ GINER, L. A., *Fiscalidad de la Sociedad Anónima Europea*, ya cit., pág. 58; ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., “La convocatoria de la junta general de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España”, *Derecho de los Negocios*, número 142-143, julio-agosto 2002, págs. 13 y 23; SAN JUAN MUÑOZ, E., “La sociedad anónima europea”, *Jueces para la Democracia*, número 52, marzo 2005, pág. 102, donde hacen referencia a la multiplicidad de formas que adoptará la SE y a la falta de uniformidad de su estatuto jurídico, por lo que

A mi juicio lo que se ha producido a lo largo del proceso de gestación de la SE, es un vaciamiento de los contenidos regulados por normas auténticamente comunitarias como consecuencia de la resistencia de los Estados miembros a renunciar a sus propias tradiciones jurídicas, por lo que se ha buscado una solución mediante acuerdos políticos en los que ha primado la practicidad para llegar al consenso, a cuyo efecto y con el fin de conseguir el beneplácito de los Estados miembros, la regulación de los temas conflictivos se ha remitido, en muchos casos, a los ordenamientos jurídicos nacionales o a una directiva *ad hoc* (materia relativa a la participación de los trabajadores), y en otros sencillamente se ha eliminado (regulación de grupos de sociedades, remitida a una directiva), o bien se ha dulcificado (regulación en materia de órganos/se permite la opción entre el sistema monista y dual).

La argumentación buscada para justificar tal proceder, se ampara en el cambio experimentado a lo largo de los años transcurridos desde la presentación del primer Proyecto de estatuto de SE en 1970, que ofrece un panorama distinto al de los primeros tiempos, ya que, en el plano económico se ha instaurado una Unión Económica y Monetaria y en el plano jurídico se ha alcanzado un grado de armonización del Derecho societario que posibilita la remisión a los Derechos nacionales. En este sentido se pronuncian diversos autores⁶⁴².

consideran que no solo se ha descartado la posibilidad de contar con una sociedad regulada por auténtico Derecho comunitario, sino que ni tan siquiera se ha obtenido el resultado más modesto de la sociedad de tipo europeo o de Derecho nacional uniforme; por tanto, a las formas sociales admitidas por cada Estado miembro se viene a añadir una nueva forma, esto es, la SE, que obligatoriamente deberán de regular, adoptando cuantas disposiciones fueran necesarias para garantizar la efectiva aplicación del RESE. Así pues, la configuración de esta nueva forma jurídica vendrá esencialmente marcada por el aparentemente inofensivo complemento añadido a su nombre: SE domiciliada en... Lo cierto es que el estatuto de la SE pretende ofrecer un nuevo instrumento jurídico comunitario que permita a las empresas, cuya actividad rebasa las fronteras nacionales, llevar a cabo la reorganización de sus actividades a escala europea y aprovechar las ventajas económicas y operativas que conlleva el desarrollo de la actividad empresarial en el conjunto de la UE.

Por otro lado, destacan que el éxito de la figura dependerá en buena medida del régimen tributario de la misma, dada la ausencia de previsiones tributarias en el RESE y valoran positivamente el abanderamiento europeo de estas sociedades para su intermediación en el tráfico comercial y como aspecto potencialmente negativo, hacen referencia a la posibilidad de *forum shopping* o efecto *delaware* como consecuencia de las diferentes normativas estatales que pueden motivar que la SE se ubique en los países comunitarios con una regulación más permisiva.

⁶⁴² Citaré entre ellos a los siguientes:

VELASCO SAN PEDRO, L. A. y SÁNCHEZ FELIPE, J. M., “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, ya cit., pág. 34: “este proceso, podemos decir, de edulcoración de la figura, ha tenido, según acabamos de señalar, el objetivo, finalmente conseguido, de hacerla digerible a todos los Estados miembros. El coste de oportunidad es que el resultado final está bastante lejos de las pretensiones iniciales de crear una sociedad de Derecho europeo, ya que lo que se ha creado es más bien una sociedad de Derecho nacional, puesto que, con las excepciones que se han reseñado, el conjunto de los aspectos de su régimen se remiten a lo que establezca la legislación del Estado miembro donde la sociedad vaya a establecer su domicilio”.

ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., págs. 21 y 43: “la SE es un tipo societario creado directamente por normas jurídicas comunitarias, pero con remisiones continuas a los ordenamientos nacionales. Este peculiar régimen jurídico comunitario y nacional, es reflejo de una característica inherente a la construcción europea: la coexistencia de unidad y diversidad. Se ha acudido, una vez más a la necesaria conciliación entre los intereses comunitarios y las identidades nacionales, gracias a un delicado equilibrio en el reparto de las competencias entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros, basándose, entre otros, en el principio de subsidiariedad”; “...se utiliza la armonización conseguida y la flexibilidad de las distintas soluciones dadas por los Estados miembros para crear reglamentaciones caracterizadas por su carácter mixto, en las que los tipos tengan un Estatuto europeo pero siempre contextualizado en el Derecho nacional”.

VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación”, ya cit., pág. 63: “...pero quizás era inevitable por esa misma característica, que arrastra un proceso normativo de composición y concertación de posiciones e intereses,

En resumen, pienso que, en el fondo han primado los intereses políticos sobre los argumentos jurídicos y como resultado se puede decir que no se ha creado una única SE, sino muchas sociedades que pretenden ser europeas. Además, la regulación de las mismas es de carácter mixto (Derecho europeo/Derecho nacional) lo que, sin duda, creará multitud de problemas, no sólo en cuanto al Derecho que se debe aplicar en cada caso, sino también en cuanto a su interpretación y aplicación práctica, sin olvidar los problemas competenciales que pueden surgir entre los Tribunales comunitarios y los nacionales, con las consiguientes dudas que creará toda esta problemática a los operadores económicos que se planteen la utilización esta forma societaria.

Cabe, no obstante destacar, si acaso, la utilidad de la SE en los procesos de movilidad transnacional, ya que viene a facilitar la libertad de establecimiento primaria y el traslado de la sede social sin pérdida de la personalidad, y en las operaciones de reestructuración de sociedades de diversa nacionalidad mediante: fusión, constitución de un *holding* o de una filial común, así como en los supuestos de transformación de una sociedad anónima nacional en una SE.

La literatura jurídica es coincidente en destacar como virtud principal de la SE, la de servir de instrumento de reestructuración y organización de empresas cuyo ámbito excede de lo local, permitiendo su extensión al territorio de la Unión, facilitando la competencia a escala mundial⁶⁴³.

donde lo mejor es casi siempre enemigo de lo posible. Y como ha dicho alguien, siempre será mejor contar con esta SE renacionalizada que no tener SE”.

ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, ya cit., pág. 147: “Esta nueva concepción y configuración de la SE obedece, de una parte, a la idea de que no es necesario ir más allá de su especificidad comunitaria de lo que exige el objetivo de posibilitar la realización de operaciones transfronterizas mediante la constitución y funcionamiento de sociedades comunitarias, de otra parte, a la consideración de que el grado de armonización societaria ya conseguido en el Derecho interno en relación con el momento de elaboración de las anteriores Propuestas permite las mencionadas remisiones y, finalmente, a la pretensión de ofrecer una configuración flexible y realista, de más fácil aceptación por los Estados miembros, suavizando o eliminando la regulación de cuestiones muy conflictivas (aspectos relativos a la organización de la administración, de la participación de trabajadores y de los grupos de sociedades)”.

⁶⁴³ En este sentido se pronuncian, entre otros:

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “El reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, ya cit., pág. 8: “... el sentido y fin principal del RESE es ofrecer un tipo societario particular la SE, a través del cual se puedan realizar ciertas operaciones transfronterizas de reestructuración empresarial”.

ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, ya cit., pág. 147: “en consecuencia se ofrece una solución pragmática y de compromiso, que, aunque no exenta de dificultades de delimitación e interpretación del derecho aplicable por el complejo sistema de fuentes, parece de interés como instrumento para llevar a cabo operaciones transfronterizas inviables o difíciles de realizar con los vigentes Derechos nacionales”.

LARGO GIL, R., “La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)”, ya cit., págs. 101, 103, 104, 106 y 153: “es constatable que el planteamiento que subyace al Reglamento (CE) núm. 2157/2002 no es idéntico al que inspiró a las iniciales propuestas para la elaboración de un Estatuto de la SE en los primeros años setenta del siglo pasado; no se trata de articular una ordenación completa de la SE, a modo de buque insignia del Derecho de sociedades. Por lo demás, el panorama de fondo es otro: en lo económico, se ha instaurado una Unión Económica y Monetaria, y en lo jurídico, se ha alcanzado una amplia armonización en el Derecho de sociedades de los diversos Estados miembros de la Unión Europea. En la actualidad se trata de arbitrar los mecanismos legales que permitan mejorar la canalización de las operaciones de cooperación y de concentración empresariales a escala intercomunitaria así como la movilidad de las empresas, mediante el traslado de la sede social de un Estado a otro dentro de la Unión Europea, sin extinción de la personalidad jurídica. A tales efectos se ofrece con carácter facultativo, el instrumento de la SE, como forma de organización de empresas cuyo ámbito de actuación excede de lo local para adquirir la consideración de “europeo”. La SE reviste un carácter híbrido, esto es, se trata de una forma societaria comunitario-nacional, dada la configuración del sistema de fuentes”. “La SE, se incardina dentro del fenómeno de las reestructuraciones societarias de carácter transnacional, como un instrumento incuestionable en la actualidad. Así resulta de los considerandos del RESE y de los procedimientos jurídicos arbitrados para la constitución de una SE, antes citados. No todos se enmarcan dentro

9. EL FUTURO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

Con la firma del Tratado fundacional de la CEE en 1957, y a efectos de dar cumplimiento a los fines propuestos por dicha institución, se inicia un proceso de integración económica a escala europea en aras al establecimiento de un Mercado Común en el territorio comunitario y, en consecuencia, surge la necesidad de elaborar un Derecho europeo de sociedades. Originariamente, en el Tratado de Roma, la creación de una comunidad jurídica en el ámbito empresarial y societario se centra en torno a la armonización de las diversas legislaciones de los Estados miembros a fin de conseguir una homogeneidad de los diferentes ordenamientos jurídico-societarios. Hasta la década de los 80 fue la vertiente armonizadora la que predominó en la tarea de construcción del denominado Derecho europeo de sociedades, pero, por una parte, la lentitud y complejidad del propio proceso armonizador, que tropezó con la resistencia de los Estados miembros a aceptar soluciones jurídicas extrañas a sus tradiciones y, por otra parte, la influencia de las corrientes desregularizadoras que se instauran en la Europa comunitaria a partir de 1992, dieron lugar a la desaceleración del proceso armonizador.

La imposibilidad de seguir avanzando mediante la armonización en la regulación de determinados contenidos básicos, como la libertad de establecimiento, el traslado del domicilio social, las fusiones transfronterizas, la regulación de los órganos sociales, lleva a las autoridades comunitarias a impulsar un modelo renovado de SE. Así, el estatuto de SE,

del fenómeno económico de la concentración de empresas, dada la inclusión de la transformación de una sociedad anónima existente en una SE". "El actual Estatuto de la SE supone, pues, un hito y a la vez, un punto de partida en vistas a la aprobación de la Décima directiva, cuyos efectos resultan absorbidos parcialmente, por la vigencia de aquél". "La existencia de un instrumento jurídico autónomo para las empresas de dimensión europea, como es la SE, puede actuar como acicate para que dentro de la UE se acelere la concentración entre sociedades dependientes de diversos ordenamientos estatales". "Desde un planteamiento económico, sin duda, la presencia de la SE, como forma societaria a la que pueden acceder algunas sociedades y otras entidades ya existentes en los Estados miembros, dota a las empresas cuya actividad excede del ámbito local de un nuevo instrumento para competir en una Economía mundializada".

Asimismo, MENJUCQ, M., "La société Européenne (règlement CE n° 2157/2001 et directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001), ya cit., pág. 246; FOUASSIER, C., "Le statut de la «société européenne»: un nouvel instrument juridique au service des entreprises", ya cit., pág. 86; ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 21 y 43; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas", ya cit., pág. 44; VELASCO SAN PEDRO, L. A., "Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación", ya cit., pág. 47, destacan el interés que este nuevo tipo societario tiene tanto en relación con la movilidad transfronteriza, como en orden a posibilitar o, cuanto menos, favorecer la operaciones de concentración transnacional entre empresas, permitiéndoles organizar de mejor forma sus actividades a escala comunitaria. En este sentido resulta relevante el comentario efectuado por FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I. "El futuro del derecho de sociedades en Europa: A propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea", ya cit., pág. 3, que recojo literalmente, "la impresión que puede deparar al lector una primera lectura del Reglamento de hallarse en presencia no de una ley de anónimas sino de una ley de reestructuraciones empresariales no es infundada. En efecto y como ya se ha anticipado, el RESE no viene propiamente a regular en extenso un tipo normativo completo de sociedad anónima, como especie distinta de las sociedades genuinamente nacionales".

Igualmente, y en relación con la movilidad transfronteriza de sociedades y el ejercicio de la libertad de establecimiento, véase PALAO MORENO, G., *El traslado del domicilio social de la Sociedad Anónima Europea*, ya cit., págs. 35 y 85, donde recoge que "la creación de la SE implica un nuevo e importante paso adelante, tanto en el desarrollo de un auténtico «Derecho de sociedades europeo», como en el logro de un pleno desarrollo de una actividad plenamente intracomunitaria de las mismas; contando, por tanto, con particulares y decisivas repercusiones en materia de movilidad de las sociedades de capital en el interior del mercado europeo y, en consecuencia, el ejercicio de la libertad de establecimiento prevista en los artículos 43 y 48 del TCE... no negamos la utilidad que pueda tener esta figura. Y ello, debido a que, de una parte, la SE ofrecería a los operadores una estructura adaptada al mercado comunitario que reduce sus costes de transacciones, administrativos, organizativos y legales".

que se había venido gestando paralelamente al proceso armonizador y que había sido bloqueado en diversas ocasiones recibe un nuevo impulso que culmina con la aprobación del vigente estatuto de la SE.

Por consiguiente, cabe preguntarse cuál es el papel que la SE va a desempeñar en este proceso de integración económica europea y si la SE es la fórmula más adecuada para el funcionamiento de un mercado único que posibilite la libre circulación de personas y capitales.

Tal y como ya he dicho anteriormente, en mi opinión la SE constituye un instrumento, cuanto menos útil, para llevar a cabo operaciones de cooperación, reestructuración y concentración de sociedades a escala europea, puesto que a su través se facilitan y simplifican las operaciones de fusión internacional de sociedades y de traslado del domicilio social⁶⁴⁴, sin desdeñar las ventajas que en el tráfico mercantil internacional les puede otorgar su funcionamiento con etiqueta europea. Ahora bien, el texto definitivamente aprobado por el RESE es un texto con escasa sustantividad propia y remisiones continuas a los ordenamientos nacionales del lugar del domicilio de la SE, lo que plantea diversos problemas, tanto desde el punto de vista normativo, como interpretativo y de competencia jurisdiccional, en definitiva, problemas de aplicación práctica⁶⁴⁵.

Teniendo en cuenta la normativa aplicable, según el sistema de fuentes recogido en RESE⁶⁴⁶, las ventajas de este tipo social vendrán determinadas, por una parte, por la mayor o menor flexibilidad y practicidad que cada Estado miembro imprima a las normas que desarrolle para su regulación, en virtud de las autorizaciones previstas en el RESE para la regulación complementaria de la SE, y por otra, dadas las continuas remisiones que el propio RESE efectúa a las legislaciones nacionales, por lo dispuesto para las sociedades nacionales en los ordenamientos de los distintos Estados miembros, cuyo contenido puede ser más o menos ventajoso en función del país donde la SE decida establecer su domicilio⁶⁴⁷. El efecto inmediato de esta técnica normativa es, obviamente, la competencia

⁶⁴⁴ La aprobación de la Décima Directiva del Consejo, de 26 de octubre de 2005 (modificada por la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, que ha sido incorporada al Derecho español mediante el RDL 9/2012, de 16 de marzo), relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (2005/56/CE), incorporada a la legislación española mediante la Ley 3/2009 de 3 de abril (los artículos 32, 34, 36, 39, 40, 42, 44, 45, 50, 51, 62, 78 bis y 99 de esta ley, han sido modificados por el RDL 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, que ha sido derogado por la Ley 1/2012 de 22 de junio que, con ligeras variaciones –artículos 32.1 y 34.4–, ha mantenido las modificaciones efectuadas por el RDL derogado), así como, la aprobación en un futuro de la Decimocuarta Directiva sobre el traslado transfronterizo de la sede social de una empresa, harán que no sea necesario acudir a la constitución de una SE para poder disfrutar de la plena libertad de establecimiento.

⁶⁴⁵ En este mismo sentido, véase FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., “El futuro del derecho de sociedades en Europa: A propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., pág. 10, donde dice: “la complejidad de la nueva figura, consecuencia de la superposición de fuentes formales de regulación y del régimen de competencias compartidas entre el legislador comunitario y los nacionales y, sobre todo y por defecto de ello, el amplio margen de maniobra que se sigue reconociendo a los Derechos internos, seguirá dando aliento a las reticencias psicológicas del empresariado a la expansión transnacional de los negocios, explicables por la disparidad normativa existente en el territorio de la Unión. Por ello, el Reglamento no debe ser sino un paso, sin duda relevante, en la consecución del objetivo de hacer real y efectivo el principio de la libre circulación de personas que, como es lógico, ha comenzado por el más activo y poderoso de los sujetos que intervienen en el mercado, a saber, la sociedad anónima”.

⁶⁴⁶ Véase el artículo 9 del RESE donde se recoge el régimen normativo aplicable a las SE y que ha sido objeto de estudio detallado en este mismo capítulo, apartado II, punto 7, a cuyo contenido me remito.

⁶⁴⁷ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas”, ya cit., pág. 37, dice textualmente: “el hecho de no poder hablar de una auténtica Sociedad Anónima Europea, según el modelo normativo contemplado en 1975, sino de una normativa con procedencias distintas y un acusado injerto nacional, hace aún más inaplazable el tratamiento de los problemas derivados de la existencia de lagunas de regulación, inherentes a toda actividad codificadora deliberada o no, completa o, como aquí sucede, sólo

legislativa que puede producirse entre los Estados miembros en aras a ofrecer una regulación más ventajosa y atractiva para los operadores económicos, a fin de conseguir atraer grandes y rentables empresas que decidan instalarse en su territorio.

Por otro lado, la interpretación de ese contenido normativo no es sencilla; requiere un conocimiento, tanto de los antecedentes del RESE, como de las diversas directivas comunitarias, así como de las respectivas legislaciones en materia societaria de los Estados miembros. En consecuencia, los operadores económicos que se planteen la utilización de esta figura en sus operaciones empresariales, necesitarán, sin duda, contar con un asesoramiento especializado y cualificado⁶⁴⁸.

Otro problema, que viene a añadirse a los ya comentados, es el de la delimitación competencial entre los Tribunales comunitarios y los nacionales, sin olvidar que la jerarquía normativa impuesta por el artículo 9 del RESE requerirá una especial capacitación y cualificación profesional que alcanzará también a los Jueces y Magistrados de los Estados miembros⁶⁴⁹.

Por consiguiente, considero que los operadores económicos que decidan constituir una SE se van a encontrar con una intrincada normativa de compleja interpretación que les obligará a requerir asesoramiento especializado y cualificado y que, sin duda, contribuirá a crear un clima de inseguridad jurídica que se verá agravado en el supuesto de que se vean en la necesidad de acudir a los Tribunales.

Otro aspecto importante a tener en cuenta en orden a la aplicación práctica de la SE, es su régimen fiscal, ya que, según lo dispuesto en el Considerando veinte de la Exposición de Motivos del RESE, el citado Reglamento no cubre los ámbitos de Derecho fiscal⁶⁵⁰. Por consiguiente, a efectos fiscales la SE será tratada como cualquier otra sociedad multinacional conforme a la legislación fiscal nacional aplicable a nivel de sociedad o a nivel de sucursal⁶⁵¹.

En este confuso panorama, el propio Reglamento no ha tenido más remedio que reconocer la posibilidad de que la excepción de orden público, básicamente pensada para evitar pérdidas de ingresos fiscales ante el recurso abusivo a alteraciones ficticias de los puntos de conexión determinantes de la residencia fiscal, pueda seguir siendo invocada por las autoridades nacionales para impedir la fusión de sus sociedades o el traslado de domicilio de las SE registradas en su territorio (artículos 19 y 8.14), señal de que la efectividad del derecho a la libre fijación del establecimiento primario que el Reglamento

parcial y del creciente peligro de *forum shopping*, dada la posibilidad de transferir a otros países recursos financieros y actividades negocials, no justificadas por razones de mercado, sino por la mayor permisividad jurídica y fiscal de ordenamiento nacional aplicable". Por su parte, COSTA, CARLA TAVARES DA y BILREIRO, Alexandra De Meester, *The European Company Statute*, ya cit., consideran que será interesante comprobar si los Estados miembros que tengan leyes más flexibles y liberales, tales como el Reino Unido e Irlanda, atraen más SE que los Estados miembros que ofrezcan un marco legislativo más estricto como es el caso de Alemania.

⁶⁴⁸ LARGO GIL, R., "La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)", ya cit., págs. 153-154; PALAO MORENO, G., *El traslado del domicilio social de la Sociedad Anónima Europea*, ya cit., pág. 86.

⁶⁴⁹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas", ya cit., pág. 44

⁶⁵⁰ El hecho de que no se incluya ninguna norma de tipo fiscal ha generado un debate entre la doctrina. La mayor parte considera 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. GARCÍA RIESTRA, M., "La sociedad anónima Europea", ya cit., págs. 57-59.

⁶⁵¹ Véase SAGASTI AURREKOETXEA, J. J., "La constitución de la «Societas Europaea-SE»", ya cit., pág. 129.

trata de favorecer no será plena mientras que no se acompañe de las necesarias medidas de armonización impositiva⁶⁵².

El legislador comunitario es consciente de los problemas que presenta, en materia fiscal, la disparidad existente entre los diversos Estados miembros que condiciona la aplicación de la SE como instrumento para llevar a cabo operaciones de reestructuración empresarial e incide en la determinación del domicilio de la SE. En este sentido, la Comisión presentó el 23 de octubre de 2001 una serie de propuestas en una Comunicación dirigida al Consejo, al Parlamento y al Comité Económico y Social, titulado “Hacia un Mercado Interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base impositiva consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria”⁶⁵³.

Los foros empresariales y diversas asociaciones profesionales no han dudado en criticar, duramente, la falta de compromiso político para aprobar un régimen fiscal para la SE. Frits Bolkenstein, titular de la Dirección General de Mercado Interior de la Comisión Europea, ha expresado esta carencia con contundencia al decir: “verdaderamente, la falta de un régimen fiscal apropiado limita significativamente el interés práctico de la SE”⁶⁵⁴.

También hay que tener en cuenta, desde el punto de vista de aplicación práctica, el obstáculo que para algunos operadores económicos puede suponer la Directiva 2001/86/CE, cuya aplicación, en algunos casos, puede dar lugar a la inclusión de los representantes de los trabajadores en los órganos de administración de la SE, motivo que, sin duda, llevará a las empresas de países que desconocen tal sistema de implicación (como es el caso de España) a cuestionarse la oportunidad de constituir una SE.

Cabe señalar, además, en detrimento de la SE, el abandono definitivo del propósito de crear un registro europeo de sociedades⁶⁵⁵ y la limitación con la que se utiliza el DOCE a efectos de publicidad, que es de mero carácter informativo y sin efectos legales⁶⁵⁶.

⁶⁵² FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., “El futuro del derecho de sociedades en Europa: A propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., pág. 10

⁶⁵³ COM (2001) 582, http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/publications.

⁶⁵⁴ ANSÓN PEIRONCLY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., págs. 291-292.

⁶⁵⁵ Según lo preceptuado en el artículo 12 del RESE, las SE deberán de estar registradas en el registro que señale la legislación del Estado miembro de su domicilio social. Tal y como señala BOQUERA MATARREDONA, J., “Personalidad jurídica, inscripción, estatutos y publicidad registral de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 99, “está en manos de los Estados miembros determinar el registro donde debe ser registrada la SE y quienes son las autoridades competentes para la realización de diversos actos fundamentalmente en la constitución e inscripción de la SE. El legislador comunitario ha sido consciente de la disparidad de soluciones en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros y por ello el Reglamento habilita a los Estados miembros para adoptar esa decisión...”, más adelante añade que “el legislador español ha decidido que la SE domiciliada en España se inscriba en el Registro Mercantil del domicilio social (artículo 314 de la Ley de Sociedades Anónimas –actual artículo 457 de la Ley de Sociedades de Capital–)”.

⁶⁵⁶ En efecto, el artículo 14.1 del RESE dispone que “la inscripción y baja de una SE se publicarán «a título informativo» en el DOCE, tras la publicación efectuada de conformidad con el artículo 13. En el anuncio se indicará la denominación social, el número, la fecha y el lugar de la inscripción de la SE, la fecha, el lugar y el título de la publicación, el domicilio social de la SE y su sector de actividad” (El Reglamento CEE de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una AEIE, recoge en su artículo 11 una disposición de carácter similar). Por tanto, tal y como señala BOQUERA MATARREDONA, J., “Personalidad jurídica, inscripción, estatutos y publicidad registral de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 119, “se realizará la identificación de la SE y del Registro donde se efectuó su inscripción. Por ello, se exige que la información para el anuncio se proporcione «tras la publicación efectuada de conformidad con el artículo 13»”, más adelante en la pág. 120, añade que “la publicidad de la SE en el DOCE no sólo interesa a la Comisión y al Parlamento europeos, sino a los propios Estados miembros y a todo aquel que opera en el mercado y necesita tener conocimientos de los distintos competidores. Por ello, resultó necesario establecer un

Señalados los problemas que anteceden, habrá que esperar la acogida que los distintos operadores económicos dispensen a la SE, así como la oportunidad y utilización de la misma en aras a la ya antigua aspiración de constitución de un mercado único en el territorio comunitario y a los avances que esta figura jurídica pueda suponer en cuanto a la movilidad y libertad de establecimiento de las personas jurídicas en dicho territorio. El propio RESE establece, en el artículo 69 de las disposiciones finales, un plazo de cinco años desde la entrada en vigor del Reglamento a efectos de que la Comisión presente al Consejo y al Parlamento Europeo un informe sobre la aplicación práctica del mismo, informe al que, en caso necesario, se adjuntarán las propuestas de modificación que se consideren pertinentes.

El mercado único sigue estando necesitado de un permanente impulso de aproximación y, en determinados sectores, de unificación del Derecho regulador de las sociedades mercantiles y del mercado de valores. La existencia de un espacio económico común reclama no sólo la elaboración con carácter general de un Derecho patrimonial privado común, sino también, y fundamentalmente, de nuevos instrumentos organizativos acordes a las exigencias del tráfico empresarial transnacional, de conformidad con el viejo principio de que los procesos de integración económica internacional deben contar con un soporte normativo propio⁶⁵⁷.

A mi juicio queda por ver si la SE, en cuya creación han pesado más los acuerdos políticos que los argumentos jurídicos, cubre las necesidades y exigencias del empresariado europeo en aras a conseguir que en el territorio comunitario se establezca un Mercado Interior capaz de competir a escala mundial.

Lo cierto es que en España a fecha 15 de abril de 2009, sólo había una SE, *Arcelor Steel Trading SE*, la cual, además, no fue constituida en España, sino en Holanda en el año 2007, y trasladada al año siguiente a España, e inscrita en el Registro Mercantil de Oviedo⁶⁵⁸. Y a septiembre de 2010 sólo había otra más, *Agence Generale de Marques et de Brevets SE*, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, por traslado de su anterior domicilio en Luxemburgo⁶⁵⁹.

sistema de publicación que proporcione un acceso rápido y fácil a los datos de la SE”. Por su parte, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y “nacionalidad” de la SE. Traslado internacional de domicilio de la SE. Publicidad registral de la SE”, ya cit., pág. 259, manifiesta que “si la publicación en el boletín nacional carece hoy de utilidad, mucho más esa publicidad adicional que, por si fuere poco, tiene un contenido y eficacia diversos de los de la publicación en el boletín nacional: se publican sólo ciertos hechos (no todos), siempre en extracto (en algunos ordenamientos la publicación en el boletín es íntegra) y sin que la publicación juegue algún papel en el complicado juego regulatorio de la oponibilidad a tercero de lo inscrito (en principio sólo lo inscribible y publicado en el boletín oficial es oponible a tercero). En definitiva, la publicación en el boletín europeo tiene unos meros efectos informativos y redundantes”.

⁶⁵⁷ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas”, ya cit., pág. 53.

⁶⁵⁸ Según se desprende del BORME, número 226, de 25 de noviembre de 2010, las sociedades Arcelormittal España, S.A. y *Arcelor Steel Trading S.E.* acordaron aprobar la fusión por absorción por Arcelormittal España, S.A., de su filial íntegramente participada *Arcelor Steel Trading, S.E.*, sociedad unipersonal, con extinción de la sociedad absorbida y el traspaso en bloque a la sociedad absorbente a título de sucesión universal de la totalidad de los elementos integrantes del activo y pasivo de *Arcelor Steel Trading, S.E.*, sociedad unipersonal. La fusión por absorción y la consiguiente disolución y extinción de la sociedad *Arcelor Steel Trading S.E.* constan como actos inscritos en el BORME, número 20, de 31 de enero de 2011, anuncios números 38458 y 38459.

⁶⁵⁹ LUCINI MATEO, A., “Hacia la primera revisión del estatuto de la sociedad anónima europea: reseña de un estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 54, diciembre 2010, pág. 342.

10. INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

Con el fin de reunir la pertinente información sobre “la aplicación práctica del Estatuto de la SE” la Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea encargó la realización de un estudio externo en diciembre de 2008, a *Ernst & Young*⁶⁶⁰ y, además, el 23 de marzo de 2010 formuló una consulta pública a efectos de recabar la opinión de los interesados, concediéndose un plazo, hasta el 23 de mayo de 2010, para responder a la consulta⁶⁶¹. Las respuestas se tendrían en cuenta en el próximo informe de la Comisión sobre la SE que se complementaría con la conferencia de alto nivel que fue prevista para el 26 de mayo de 2010⁶⁶².

El objeto de la consulta era someter a prueba las conclusiones del estudio externo y aportar información a la Comisión sobre los temas pertinentes para la evaluación de la SE. Las preguntas se referían a lo siguiente: factores positivos y negativos a la hora de crear una SE, tendencias principales del reparto de sociedades europeas en los Estados miembros de la UE y el EEE, problemas prácticos encontrados por las empresas en el curso de la creación o el funcionamiento de una SE y posibles mejoras del marco jurídico vigente.

En julio de 2010, la Comisión publicó un documento que resume los resultados de la consulta efectuada el 23 de marzo de 2010⁶⁶³; en dicho documento se señala que la Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea ha recibido 69 respuestas a la consulta procedentes de 18 Estados, 16 de ellos pertenecientes a la UE. El conjunto de comentarios puede agruparse en torno a cuatro cuestiones fundamentales: las razones que justifican la elección del tipo social SE; motivos que justifican la elección de la ubicación geográfica de la SE; principales problemas que en la praxis plantea la SE; y, finalmente, las propuestas de modificación para mejorar el régimen jurídico de la SE⁶⁶⁴.

Con fecha 17 de noviembre de 2010, la Comisión, en cumplimiento del mandato normativo contenido en el artículo 69 del RESE, presentó el informe sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)⁶⁶⁵. Dicho informe viene precedido de una introducción y se ocupa, principalmente, de cuatro cuestiones que examinaré brevemente y que están referidas a las siguientes materias:

⁶⁶⁰ El referido estudio, titulado “*Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE)*”, (09-12-2009), está publicado en la página web de la Comisión Europea: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/study_SE_9122009_en.pdf.

Tal y como señala LUCINI MATEO, A., “Hacia la primera revisión del estatuto de la sociedad anónima europea: reseña de un estudio preliminar”, ya cit., pág. 343, “el trabajo de *Ernst & Young* se estructura en cuatro partes, en primer lugar una «cartografía» de la legislación aplicable en los veinticinco Estados analizados, a continuación un inventario de las sociedades anónimas europeas constituidas hasta la fecha, en tercer lugar el análisis de los datos obtenidos para identificar los factores que pueden incentivar o desincentivar a la creación de una sociedad anónima europea, así como las tendencias principales y los problemas detectados en la experiencia práctica, y por último las conclusiones acerca de la efectividad del Estatuto de la SE”. Además, el citado autor, en las páginas 343-353, ofrece un breve comentario del estudio de *Ernst & Young*.

⁶⁶¹ La nota de prensa sobre la consulta se puede ver en la siguiente pág. web: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/338&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

⁶⁶² La información relacionada con la conferencia de 26 de mayo de 2010 puede encontrarse en la siguiente pág. web: http://ec.europa.eu/internal_market/company/se/index_en.htm.

⁶⁶³ Este documento de la Comisión europea puede consultarse en la siguiente pág. web: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/summary_report_en.pdf.

⁶⁶⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, S., “Resultado del estudio sobre el funcionamiento del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 35, 2010-2, pág. 1.

⁶⁶⁵ El texto del referido informe puede consultarse en la siguiente pág. web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0676:FIN:ES:PDF>.

- Aplicación del Estatuto de la SE: inventario de sociedades anónimas europeas.

En este apartado se hace una referencia a las SE registradas en los Estados miembros de la UE y del EEE⁶⁶⁶, constatándose que a junio de 2010, había registradas unas 595 SE (habiéndose incrementado su número durante el año 2010), estando la mayor parte de ellas (un 70%) registradas en la República Checa y Alemania.

- Principales fuerzas y tendencias.

Como fuerzas positivas se destacan la imagen europea de la SE⁶⁶⁷, su carácter supranacional, la posibilidad de trasladar su domicilio social y de efectuar una fusión transfronteriza (la utilización de esta forma jurídica para llevar a cabo fusiones transfronterizas, se consideró un incentivo de peso hasta la entrada en vigor de la Décima Directiva⁶⁶⁸), así como su potencial para la reorganización y simplificación de la estructura de grupo, e igualmente se destaca la ventaja que ofrece en términos financieros una posición más fuerte en las negociaciones con los bancos y en las solicitudes de ayudas financieras a la UE, así como la flexibilidad de las normas que regulan la participación de los trabajadores en los Estados miembros donde estas cuestiones se hallan reguladas por normas obligatorias.

Como fuerzas negativas se señalan los costes de establecimiento, la lentitud y complejidad de los procedimientos y la inseguridad jurídica, así como la falta de perspectiva temporal y de experiencia práctica de los asesores y de las autoridades públicas competentes y el insuficiente conocimiento de las SE que tiene la comunidad empresarial dentro y fuera de la UE; además, varias empresas, asesores jurídicos y asociaciones empresariales

⁶⁶⁶ La referencia se entiende hecha a los tres Estados del Espacio Económico Europeo (Islandia, Noruega y Liechtenstein) a los que es de aplicación el RESE en virtud de lo previsto en el artículo 1 de la Decisión del Comité Mixto del Espacio Económico Europeo número 93/2002, de 25 de junio de 2002 por el que se modifica el anexo XXII del acuerdo y se añade a los Anexos I y II del RESE las consiguientes referencias para incluir a las sociedades anónimas correspondientes a los indicados países (DOCE L 266, de 3 de octubre de 2002, págs. 69 y 70).

⁶⁶⁷ La imagen europea resulta particularmente atractiva para las empresas que quieren destacar su condición europea a fin de penetrar en los mercados de otros Estados miembros sin necesidad de crear filiales extranjeras. A pesar de que, tal y como matiza el informe la importancia de la imagen europea es variable (mayor en los países pequeños y los de Europa oriental). Véase PÉREZ PUEYO, A., “Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo: Aplicación del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 36, 2011-1, pág. 663.

⁶⁶⁸ La Décima Directiva del Consejo, de 26 de octubre de 2005 (modificada por la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, que ha sido incorporada al Derecho español mediante el RDL 9/2012, de 16 de marzo), sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (2005/56/CE), fue incorporada a la legislación española mediante la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, publicada en el BOE de 4 de abril de 2009. Ahora bien, el RDL 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, a tenor de lo dispuesto en su artículo 2 ha modificado diversos artículos de la Ley 3/2009, de 3 de abril, puesto que tal y como se recoge en el apartado II.3 de la Exposición de Motivos del RDL 9/2012, “La incorporación al Derecho español de las normas de la Directiva 2009/109/CE exige,... la modificación de algunos artículos de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles a fin de simplificar, conforme a lo establecido en esa Directiva, algunos particulares del régimen jurídico de fusiones –incluidas las transfronterizas– y de las escisiones”. El RDL 9/2012 ha sido derogado por la Ley 1/2012 de 22 de junio, aunque ha mantenido, prácticamente en los mismos términos, las modificaciones efectuadas en la Ley 3/2009 por el RDL ahora derogado.

En todo caso, en los procesos de fusiones transfronterizas o de cambios estructurales dentro de un grupo, la supranacionalidad de la SE es considerada como una ventaja, puesto que contribuye a evitar un sentimiento de derrota nacional en los directivos y en el personal de la empresa absorbida o de las antiguas filiales. Véase PÉREZ PUEYO, A., “Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo: Aplicación del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)”, ya cit., pág. 663.

consideran como una fuerza negativa las normas sobre participación de los trabajadores, por ser unas normas complejas que requieren tiempo, especialmente en los Estados miembros donde la legislación nacional no contempla un sistema para esa participación⁶⁶⁹.

En cuanto a las tendencias de distribución se considera que influyen el tamaño de las empresas nacionales (en los países en que las compañías nacionales son pequeñas o medianas empresas existen muy pocas SE), el conocimiento y la comprensión que se tienen de esta forma de empresa en la comunidad jurídica y empresarial, la tardía transposición de la DITSE en algunos Estados miembros. Parece que se da una tendencia a constituir más SE en los países que sólo permiten el sistema dual de gobernanza empresarial; en cuanto a la correlación entre la distribución de las SE en los distintos Estados miembros y las normas nacionales en materia de participación de los trabajadores nos encontramos con dos puntos de vista: por un lado, el estudio externo y la mayoría de las respuestas a la consulta estiman que esa correlación existe en general, por otro lado, las organizaciones sindicales y los investigadores en el ámbito del Derecho del trabajo no comparten esa opinión. Otros factores a tener en cuenta son la flexibilidad de ciertos aspectos de la SE en comparación con otras formas jurídicas nacionales, el diferente valor de la marca europea, los costes de establecimiento, los diferentes sistemas fiscales de los Estados miembros.

- Problemas prácticos en la aplicación del Estatuto de la SE.

En relación con la creación de una SE figuran como principales obstáculos (sobre todo para las PYMES) los costes de establecimiento, la lentitud y complejidad de los procedimientos y la inseguridad jurídica del proceso de constitución. En cuanto a los limitados métodos de creación de la SE se mencionan como aspectos en los que podría estudiarse la introducción de ajustes la imposibilidad de que las sociedades de responsabilidad limitada creen directamente una SE por medio de una fusión o transformación transfronteriza o, por vía de escisión; precisamente la vía de escisión estaría en relación con la cuestión recogida en el artículo 69, letra b) del RESE, esto es: “ampliar el concepto de fusión contemplado en el apartado 2 del artículo 17...”. Ahora bien, el estudio externo consideró que si se autorizara la constitución de una SE por medio de una escisión, en lugar de simplificarse la estructura del grupo de empresas intervinientes, se fraccionaría aún más su unidad económica y jurídica.

En lo tocante a la vida de las SE se suscita la cuestión en torno al requisito de que, tanto el domicilio social, como la sede central de la SE se encuentren localizados en un mismo Estado miembro, considerando que tal requisito constituye un obstáculo en la práctica (esta cuestión debemos de ponerla en relación con el artículo 69, letra a) del RESE). El estudio externo, al igual que los testimonios presentados por las empresas, aduce una serie de argumentos a favor de la separación, sin embargo, algunos Estados miembros y los sindicatos temen, entre otros efectos, que la posibilidad de separar el domicilio social y la sede central dificulte el ejercicio del control fiscal, debido a la falta de transparencia de la información relativa a las empresas registradas en otros Estados miembros.

También se hace mención a una serie de problemas prácticos derivados de las diferencias que presenta la regulación nacional del proceso de traslado de domicilio social de las SE, así como la complejidad o la falta de claridad de las normas que rigen la organización interna de esas sociedades. Los participantes en la conferencia sugieren que el

⁶⁶⁹ Es más, algunos asesores jurídicos y asociaciones empresariales llegan a considerar dichas normas como desproporcionadas, sobre todo en aquellos casos en los que son muy escasos los trabajadores implicados en el proceso de participación. Véase MAMBRILLA RIVERA, V., “Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE). Documento COM (2010) 676 final, de 17-11-2010”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 36, 2011-1, pág. 536. Estas opiniones no son compartidas por las organizaciones sindicales.

estatuto de la SE debe ofrecer a los fundadores y a los accionistas más flexibilidad en esta materia, incluso aunque no exista tal flexibilidad para las empresas nacionales del Estado miembro donde esté registrada la SE. Esta cuestión debemos de ponerla en relación con el artículo 69, letra d) del RESE relativa a analizar la conveniencia de “permitir disposiciones en los estatutos de la SE adoptadas por un Estado miembro en ejecución de las autorizaciones conferidas a los Estados miembros por el presente Reglamento o leyes adoptadas para velar por la efectiva aplicación del mismo respecto de la SE, que se aparten de dichas leyes o las complementen, aun en los casos en que tales disposiciones no se autorizarían en los estatutos de una sociedad anónima con domicilio social en el Estado miembro”.

En cuanto a lo dispuesto en el artículo 69, letra c) del RESE, esto es, que la Comisión estudie la conveniencia de “revisar la cláusula relativa a la competencia a que se refiere el apartado 16 del artículo 8, a la vista de las disposiciones que hayan podido insertarse en el Convenio de Bruselas de 1968 o en textos adoptados por los Estados miembros o por el Consejo para sustituir a dicho Convenio”, la Comisión, en todo caso, no ve por el momento ningún motivo para modificar la disposición vigente.

- Cargas administrativas.

El Centro de Estudios Políticos Europeos ha medido las cargas administrativas que conlleva el RESE y el grupo de alto nivel de partes implicadas independientes sobre cargas administrativas (creado con el fin de asesorar a la Comisión Europea sobre el programa de acción para reducir las cargas administrativas de la UE⁶⁷⁰) ha destacado que toda futura reforma del estatuto de la SE debería tener en cuenta la necesidad de reducir las cargas administrativas. En especial, ha sugerido que se estudien las posibilidades de recortar las obligaciones asociadas a la comunicación y publicación de información, al uso de expertos independientes y a la celebración de reuniones.

Finalmente, la Comisión concluye diciendo que la experiencia adquirida con el RESE a lo largo de seis años ha puesto de manifiesto una serie de problemas en su aplicación práctica, siendo los principales:

- La falta de uniformidad en el tipo.
- Las constantes remisiones a los ordenamientos jurídicos nacionales.
- La incertidumbre en cuanto a la normativa aplicable (Derecho europeo/Derecho nacional).

A mayor abundamiento, su desigual distribución en el territorio comunitario pone de manifiesto que el actual estatuto de la SE no se adapta bien a la situación de las empresas de todos los Estados miembros.

En cualquier caso, apunta la Comisión que toda modificación que se pretenda introducir en el estatuto de la SE, para resolver los problemas prácticos que han identificado

⁶⁷⁰ Véase la decisión de la Comisión de 31 de agosto de 2007, C (2007) 4063, DOCE L253 de 28 de septiembre de 2007, por la que se crea este grupo (artículo 1) y el artículo 2 que regula su cometido, estableciendo que “el grupo se encargará de asesorar a la Comisión en relación con el Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea, cuyo objetivo consiste en reducir en un veinticinco por ciento, a más tardar en 2012, las cargas administrativas que representa la legislación de la UE para las empresas. En particular, el Grupo: — proporcionará asesoramiento sobre las medidas de reducción de las cargas administrativas propuestas por los asesores, mediante consultas por internet y seminarios locales celebrados en los Estados miembros, — aconsejará a la Comisión, a petición de ésta, sobre cuestiones metodológicas que puedan plantearse en el programa de acción, — propondrá qué otros actos legislativos podrían incluirse en un ejercicio de medición a escala de la UE, cuando sea necesario. Su mandato será de tres años prorrogable mediante Decisión de la Comisión”.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:253:0040:0042:ES:PDF>.

los diversos interesados, deberá tener en cuenta que ese estatuto fue el resultado de un delicado compromiso al que se llegó tras largas negociaciones. En consecuencia, señalan que están realizando un ejercicio de reflexión sobre las posibles modificaciones del estatuto a fin de presentar, en su caso en 2012, las propuestas que sean oportunas. Tales modificaciones tendrían que efectuarse paralelamente a la posible revisión de la DITSE. Por último, indican que, en general, toda medida que la Comisión pudiera proponer como seguimiento del informe debería quedar sujeta a los principios de mejora de la legislación, incluida la realización de una evaluación de impacto⁶⁷¹.

11. CONSIDERACIONES FINALES

El Estatuto de la SE, finalmente aprobado mediante Reglamento CE 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001, marca una distancia insoslayable con los Proyectos iniciales de 1970 y 1975. Atrás quedan las antiguas aspiraciones de crear una sociedad de Derecho europeo con un estatuto completo, unitario, imperativo y de aplicación directa a todos los Estados miembros; ni tan siquiera se puede de hablar de sociedad de tipo europeo, puesto que el estatuto finalmente aprobado contiene una serie de normas jurídicas de carácter comunitario pero con una continua remisión a la legislación del Estado donde la sociedad fije su domicilio, remisión que, en unos casos se consigue mediante referencia a las normas jurídicas que regulan las sociedades anónimas en dicho Estado y, en otros casos, a través de lo que el legislador nacional determine específicamente para las SE.

Considero que este estatuto lo que ofrece es un nuevo tipo societario con un régimen jurídico mixto, ya que, junto a normas de carácter comunitario de aplicación directa a todos los Estados miembros, conviven las diversas legislaciones nacionales, por lo que, esta nueva figura pasa a formar parte del catálogo de sociedades nacionales como un tipo más. En consecuencia, habrá tantos tipos de SE como Estados miembros de la Comunidad. Así pues, las empresas cuyo campo de actividad supere las fronteras nacionales podrán optar por esta figura con vestimenta europea.

En mi opinión los diversos avatares por los que ha pasado la SE han venido determinados por la resistencia de los Estados miembros a aceptar soluciones y elementos ajenos a su ordenamiento jurídico por un lado y, por otro, a los temores relativos a un desmantelamiento del tejido empresarial nacional con las consiguientes consecuencias económicas (sin olvidar las razones de tipo fiscal), en definitiva, por la resistencia a considerar el espacio comunitario como un espacio común, donde los operadores económicos de los Estados miembros puedan funcionar como si del territorio nacional se tratara, con un marco jurídico adecuado a sus necesidades, permitiendo una Europa integrada y competitiva; ahora bien, para posibilitar una construcción europea es necesario aunar los intereses comunitarios con las diversas identidades nacionales de sus componentes. En fin, caminar hacia la consecución de una autentica comunidad jurídica, lo cual implica un cambio de mentalidad (dejando nacionalismos aparte), cuyo coste, tanto político, como económico, hoy por hoy, no están dispuestos a asumir los Estados miembros. La crisis económica en la que actualmente nos vemos inmersos puede suponer un punto de inflexión en los anteriores planteamientos, de hecho se empiezan a oír algunas voces que reclaman “más Europa”.

⁶⁷¹ En este sentido MAMBRILLA RIVERA, V., “Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE). Documento COM (2010) 676 final, de 17-11-2010”, ya cit., pág. 537, indica que “...no deberá extrañar a nadie que la conclusión del Informe sea la de afirmar que la situación de la SE «puede aún mejorarse», eufemismo que, en mi opinión, no impide pensar que, hoy por hoy, el futuro éxito de la SE en el Mercado Interior no resulte muy halagüeño que digamos”.

En marzo de 1962, Walter Hallstein, uno de los padres de la Europa actual, en la alocución que tuvo lugar en la Universidad de Padova, al referirse a la CEE no dudó en calificarla como una auténtica comunidad jurídica. Este ilustre pensador estaba firmemente persuadido no sólo de que la CEE estaba llamada a convertirse en una nueva fuente de creación de normas jurídicas, sino también y fundamentalmente en una organización transnacional sometida en su funcionamiento al control del Derecho. El problema que hoy se plantea sigue siendo, pues, el mismo que hace cuatro decenios, esto es, determinar si en un espacio jurídico como el europeo puede hablarse en rigor de una verdadera comunidad jurídica, cuando estamos aún lejos de contar con reglas y conceptos comunes aplicables por igual a las relaciones de los ciudadanos entre sí y de éstos con los países miembros actuales y futuros de la Europa comunitaria. Dar respuesta a este interrogante sigue siendo sin duda una de las tareas político-jurídicas prioritarias dentro de los objetivos de la UE⁶⁷².

A mi juicio, por lo que respecta a la SE, se ha dejado sentir claramente la influencia de las diversas identidades nacionales; buena prueba de ello es que tras un largo proceso de gestación, los acuerdos que han permitido que esta figura jurídica viera la luz son acuerdos políticos, a los que se llegó en el Consejo Europeo que tuvo lugar en Niza los días 7-9 de diciembre de 2000. En consecuencia, creo que el legislador comunitario ha perdido una oportunidad de regular un tipo societario con verdadera sustancia comunitaria de aplicación directa en todos los Estados miembros, ofreciendo por contra una solución pragmática y de compromiso⁶⁷³.

⁶⁷² FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas”, ya cit., págs. 53-54.

⁶⁷³ Según manifiesta LUCINI MATEO, A., “Hacia la primera revisión del estatuto de la sociedad anónima europea: reseña de un estudio preliminar”, ya cit., pág. 341, “fruto de la transacción entre orientaciones e intereses políticos diversos, el Estatuto de la sociedad anónima europea se caracteriza por ser una regulación de mínimos, que se remite en gran medida al Derecho de cada Estado. No existen propiamente sociedades anónimas europeas sin más, sino seguidas del adjetivo nacional del Estado en que tienen su domicilio y por cuya ley se rigen en virtud de aquella remisión del Reglamento europeo...”.

CAPÍTULO TERCERO

LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA

I. LA LEY 19/2005, DE 14 DE NOVIEMBRE, SOBRE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA

Las circunstancias que acompañaron a la gestación de la SE (recogidas ampliamente en el Capítulo primero de esta Tesis doctoral) han dado lugar a que el Reglamento por el que se aprueba definitivamente el estatuto sobre la SE se vea necesitado de la contribución de los legisladores nacionales de los diversos Estados miembros⁶⁷⁴ a efectos de complementar el estatuto jurídico de esta nueva figura societaria⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ La introducción del estatuto de la SE en el ordenamiento jurídico español se trató de realizar, en un primer momento, en el Anteproyecto del Código de Sociedades Mercantiles, que dedica los artículos 643 a 667 a la “Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”. Concretamente el Título III se ocupa de los órganos sociales (artículos 656 a 667) y está dividido en tres capítulos. El Capítulo I titulado “De los sistemas de administración” contiene dos artículos, el 656 referido a la posibilidad de optar entre el sistema monista y dual y el 657 relativo al sistema monista (la regulación de estos dos artículos es similar a la contenida en los artículos 327 y 328 añadidos al TRLSA por la Ley 19/2005 –actuales artículos 476 y 477 de la Ley de Sociedades de Capital–); el Capítulo II titulado “Del sistema dual” comprende los artículos 658 a 665 que regulan los órganos del sistema dual, las facultades de la Dirección, los modos de organizar la Dirección, los nombramientos, el Consejo de vigilancia, las operaciones sometidas a autorización previa del Consejo de vigilancia, la responsabilidad de los miembros de los órganos de administración y la impugnación de los órganos de administración (la redacción de estos artículos es similar a la de los artículos 329 a 336 añadidos al TRLSA por la Ley 19/2005 –actuales artículos 478 a 491 de la Ley de Sociedades de Capital– con la particularidad de que se habla de un Consejo de vigilancia y de que se prevé, en el artículo 661.1, que este órgano suscriba en nombre de la sociedad con cada uno de los miembros de Dirección un contrato que fije el modo y cuantía de su remuneración en las condiciones previstas, en el Código de Sociedades Mercantiles, para el consejero ejecutivo; igualmente, en el artículo 662.3 se establece que la representación de la sociedad frente a los miembros de Dirección corresponde al Presidente del Consejo de vigilancia que actuará conforme a los acuerdos de dicho órgano, sin embargo en artículo 333.3 añadido al TRLSA por la Ley 19/2005 –actual artículo 487 de la Ley de Sociedades de Capital– se otorga dicha representatividad al Consejo de control); finalmente el Capítulo III titulado “De la Junta general” contiene dos artículos, el 666 referido a la convocatoria de la Junta general en el sistema dual y el 667 relativo a la solicitud de incorporación de nuevos asuntos al orden del día.

⁶⁷⁵ En cuanto a la compatibilidad entre la aplicabilidad directa de este Reglamento comunitario y el ejercicio de la facultad, atribuida a los Estados miembros, para adoptar medidas de aplicación con base en dicho Reglamento, véase MORILLAS JARILLO, M. J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, ya cit., págs. 61-62; concretamente en la pág. 61 hacen referencia a la Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1979 (Asunto 230/78 *SpA Eridania-Zuccherifici nazionali* y *SpA Società Italiana per l'industria degli zuccheri/Ministro per l'agricoltura e le floreste, Ministro per l'industria, il commercio e l'artigianato* y *SpA Zuccherifici meridionali* –Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, Selección 1979-III, pág. 1353–) en la que el Tribunal afirma que “la aplicabilidad directa de un reglamento no se opone a que el mismo reglamento faculte a una institución comunitaria o a un Estado miembro para dictar medidas de aplicación. En el segundo caso, las modalidades de ejercicio de esta facultad están reguladas por el Derecho público del Estado miembro interesado. No obstante, la aplicabilidad directa del acto que faculta al Estado miembro para tomar las medidas nacionales de que se trate tendrá la consecuencia de permitir a los órganos jurisdiccionales nacionales controlar la conformidad de dichas medidas con el contenido del reglamento comunitario” y, en consecuencia, “no existe incompatibilidad entre la aplicación directa de un reglamento comunitario y el

La propia Exposición de Motivos de la Ley 19/2005⁶⁷⁶ reconoce que la regulación dispensada por el RESE a esta nueva forma societaria dista de la pretendida en el diseño originario que trataba de conseguir una normativa sustantiva completa de carácter comunitario. La solución adoptada resulta ser menos ambiciosa y, en consecuencia, junto con normas de carácter supranacional conviven necesariamente, en una muy compleja relación jerárquica, las normas legales aplicables a las sociedades anónimas en el Derecho interno⁶⁷⁷.

Efectivamente, el intrincado sistema de fuentes que recoge el Reglamento CE nº 2157/2001 de 8 de octubre, presentará problemas, tanto de interpretación, como de aplicación, puesto que nos enfrentamos con la tarea de integrar las normas específicas de la SE, ya sean las comunitarias o las nacionales adoptadas al efecto, con los preceptos relativos a las sociedades anónimas de cada uno de los Estados miembros.

Cabe plantearse, con carácter previo, la cuestión relativa a la forma en que las disposiciones de RESE incidirán en nuestro ordenamiento jurídico societario, especialmente en lo tocante a los artículos referentes a la administración de la SE, puesto que el régimen jurídico de la administración de las SE domiciliadas en España constituye el tema central de esta Tesis doctoral.

En primer lugar, en cuanto al sistema monista, que es el regulado en Derecho español, he de señalar que si alguna de nuestras normas está en contradicción con lo dispuesto en el RESE, obviamente, teniendo en cuenta el sistema de fuentes establecido en

ejercicio de la facultad, atribuida a un Estado miembro para adoptar medidas de aplicación con base en dicho reglamento". Por su parte VELASCO SAN PEDRO, L. A., "Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación", ya cit., pág. 76, señala que "...predominan en la regulación de la SE finalmente aprobada los aspectos nacionales de Derecho interno sobre los de Derecho comunitario que contiene el propio RESE; lo cual, por otro lado, además de incidir en el modelo de SE, no deja de ser extraño habida cuenta de la eficacia directa de esta fuente del Derecho comunitario que es el Reglamento, que no parece demasiado compatible con remisiones a los Derechos internos, máxime si es para permitir que dichos Derechos regulen determinados aspectos como tengan por conveniente (esto último parecería que es más bien propio de la Directiva)". Según FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas", ya cit., pág. 22, "con la quiebra del objetivo originario de elaborar una normativa uniforme lo más amplia posible se produce... una desnaturalización del Reglamento como instrumento normativo, incompatible de suyo con la atribución a los legisladores nacionales de nuevos espacios de autorregulación. De conformidad con lo establecido en el artículo 9, el nuevo texto remite amplios sectores primero al Derecho nacional, luego Derecho nacional armonizado y finalmente a las Directivas de armonización, especialmente en materia de cuentas anuales".

⁶⁷⁶ Esta Ley tiene por objeto cumplir, en relación con las SE que decidan establecerse en territorio español, el mandato impuesto por el artículo 68 del RESE a los Estados miembros a efectos de garantizar la efectiva aplicación del citado Reglamento. En efecto, el objeto de la Ley queda recogido en el Exponendo I donde textualmente se dice: "el Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea, impone, en su artículo 68, a los Estados miembros de la Unión Europea la obligación de adoptar todas aquellas disposiciones que sean precisas para garantizar la efectividad de las normas de aplicación directa que en él se contienen. Esta Ley tiene como objeto cumplir este específico mandato respecto de las sociedades europeas que se domicilien en España".

⁶⁷⁷ Véase el Exponendo II, párrafo segundo donde textualmente se recoge: "el diseño originario, que pretendía conseguir una normativa sustantiva completa de carácter comunitario, ha dejado paso a una solución menos ambiciosa en la que, junto con esa normativa supranacional, conviven necesariamente, en una muy compleja relación jerárquica, las normas legales aplicables a las sociedades anónimas de Derecho interno. Como consecuencia de este sistema de fuentes, la sociedad europea pierde grados de unidad, en la medida en que una parte sustancial de esa normativa será la correspondiente a las distintas sociedades anónimas nacionales; pero, al mismo tiempo, facilita sensiblemente la inserción de la nueva forma social en las legislaciones de los Estados miembros. Por supuesto, no pueden éstos alterar la normativa comunitaria. En este sentido, el Reglamento es expresión de un complejo equilibrio de intereses de muy distinto signo, cuya concreción normativa se impone al legislador nacional. Pero, por razón de esa integración con el Derecho de sociedades anónimas, el régimen jurídico aplicable será un régimen mixto, en el que coexisten normas comunitarias y normas nacionales".

dicho texto legal⁶⁷⁸, prevalecerá la norma comunitaria aunque el legislador español no declare expresamente la inaplicación de dichos preceptos para las SE domiciliadas en nuestro territorio.

Aún cuando nuestro legislador, en virtud de las normas contenidas en el propio RESE, no está autorizado para introducir modificaciones o cambios en el sistema monista de las SE, puesto que, recordemos que el RESE autoriza a los Estados miembros para dictar las disposiciones oportunas respecto al sistema no regulado para las sociedades de Derecho nacional⁶⁷⁹ y, a mayor abundamiento, porque ello podría entrañar una discriminación para las SE, lo que está expresamente prohibido por el RESE⁶⁸⁰ que impone la igualdad de trato con las sociedades anónimas nacionales, sí podía, cuanto menos, haber clarificado la regulación del sistema monista para las SE que se establezcan en nuestro territorio y opten por dicho sistema⁶⁸¹. No obstante, como indicaré más adelante, se ha limitado a declarar de aplicación lo establecido para los administradores de las sociedades anónimas en cuanto no contradiga las disposiciones del RESE y de la Ley que regula la implicación de los trabajadores⁶⁸².

⁶⁷⁸ En efecto, el artículo 9 del RESE establece una jerarquía normativa en virtud de la cual las SE se regirán, en primer lugar, por lo dispuesto en el RESE, en segundo lugar y cuando así sea autorizado expresamente por el RESE, por los estatutos y, finalmente, para las materias no reguladas o reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos, por las disposiciones que los legisladores adopten *ad hoc* para las SE que se establezcan en su territorio, en su defecto por las disposiciones nacionales que fueran de aplicación a las sociedades anónimas y en última instancia por los estatutos en las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas nacionales.

⁶⁷⁹ Lo cierto es, que el artículo 39.5 contiene una autorización de carácter genérico, en virtud de la cual los Estados miembros, que desconozcan en sus ordenamientos jurídico societarios el sistema dual, podrán adoptar las disposiciones pertinentes en orden a su regulación, garantizando de esta forma, a las SE que decidan establecerse en su territorio la opción por cualquiera de los dos sistemas de administración (monista o dual). Una disposición semejante se contiene en el artículo 43.4 para los Estados miembros que desconozcan el sistema monista de administración. Ahora bien, la referencia relativa a que el Estado miembro “podrá” resulta inadecuada puesto que tal y como señalan MORILLAS JARILLO, M. J. y GRECHENIG, K. “La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español”, ya cit., pág. 7, “Los Estados miembros, a la hora de llevar a cabo la modificación impuesta por el Reglamento, tienen la obligación de cumplir estrictamente el mandato del legislador comunitario, ofrecer la elección a las SE que se constituyan en su territorio...”.

⁶⁸⁰ Según lo dispuesto en el artículo 10 “la SE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social”. Por su parte el Considerando quinto dice que “los Estados miembros tienen la obligación de garantizar que ninguna de las disposiciones aplicables a las Sociedades Europeas en virtud del presente Reglamento entrañe discriminaciones derivadas de un tratamiento injustificadamente distinto de una Sociedad Europea con respecto a las sociedades anónimas...”.

⁶⁸¹ Véase MORILLAS JARILLO, M. J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, ya cit., págs. 67-68. Concretamente en la pág. 68, estos autores dicen que “cabía aprovechar la oportunidad de esta necesaria reforma para mejorar algunos aspectos de la regulación del régimen monista de administración de las sociedades anónimas, con vistas a su aplicación a las sociedades nacionales y a las europeas que hubiesen optado por estar administradas como éstas”. En el mismo sentido MORILLAS JARILLO, M. J. y GRECHENIG, K. “La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español”, ya cit., pág. 21, señalan que “el Reglamento impone la regulación del sistema no contemplado por la legislación de sociedades anónimas de cada Estado miembro. Pero bien podría aprovecharse el cauce abierto y, al hilo de la necesaria reflexión que se impone previa a la adopción de esta reforma, comprender en ella la revisión de la regulación del órgano de administración en el sistema monista vigente en España, para corregir defectos y mejorar su disciplina, esencial para el adecuado control de la sociedad y de quienes la gobiernan”.

⁶⁸² En efecto el artículo 477 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 328 del TRLSA), que es el único dedicado a la regulación del sistema monista, declara de aplicación al órgano de administración de las SE lo establecido para los administradores de las sociedades anónimas nacionales, en cuanto no contradiga lo dispuesto en el RESE y en la ley que regula la implicación de los trabajadores (Ley 31/2006, de 18 de octubre). En este sentido MORILLAS JARILLO, M. J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y

En segundo lugar, el RESE contiene determinadas disposiciones que no tienen equivalencia en nuestra legislación. En este sentido cabe citar: la obligación que se impone al órgano de administración para que se reúna como mínimo cada tres meses o según la periodicidad fijada en los estatutos⁶⁸³; el derecho de todos y cada uno de los miembros del órgano de administración de acceder a toda la información comunicada al órgano⁶⁸⁴; la obligatoriedad de que el cargo de Presidente recaiga en uno de los miembros designados por la Junta general cuando la mitad de los componentes del órgano hayan sido designados por los trabajadores⁶⁸⁵; la posibilidad de que estatutariamente se restrinja la reelección de los

formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, ya cit., pág. 67, señalan que la “necesaria regulación por parte de los ordenamientos nacionales debía llevar lógicamente a que aquéllos adscritos de forma general al sistema monista regularan con mayor detalle el sistema dual y viceversa, es decir, proporcionalmente habrían de ser más numerosas o amplias en las disposiciones dictadas en aplicación del RESE las normas sobre el sistema de administración no regulado en la legislación del Estado miembro para sus sociedades anónimas. Así la ley española dedica seis artículos al sistema dual (329 a 336 –actuales artículos 478 a 491 de la Ley de Sociedades de Capital–), frente a uno sólo al sistema monista (artículo 328 –actual artículo 477 de la Ley de Sociedades de Capital–). En Bélgica, hay solo dos preceptos para el sistema monista (artículos 898 y 899), mientras que la regulación del sistema dual abarca los artículos 900 a 921. En Alemania, la Ley de Cumplimiento de la SE (*SE-Ausführungsgesetz-SEAG*) dedica los artículos 15 a 19 al sistema dual y los artículos 20 a 49 al sistema monista”.

⁶⁸³ Lo cierto es que a tenor de lo previsto en el artículo 44.1 del RESE, se impone la obligatoriedad de que el órgano de administración se reúna como mínimo cada tres meses (o con la periodicidad que se fije estatutariamente, aunque, obviamente, los estatutos deberán respetar el plazo trimestral impuesto por el Reglamento y por tanto, podrán fijar una periodicidad menor pero nunca mayor), además, se fija un contenido mínimo en cuanto a los temas que obligatoriamente deben de tratarse en las reuniones trimestrales (se reunirán “para deliberar acerca de la marcha de los asuntos de la SE y de su evolución previsible”). Nuestra Ley de Sociedades de Capital, a tenor de lo dispuesto en su artículo 245.2, establece que en nuestras sociedades anónimas nacionales “cuando los estatutos no dispusieran otra cosa, el Consejo de administración podrá designar a su Presidente, regular su propio funcionamiento y aceptar la dimisión de los consejeros” (antiguo artículo 141.1. del TRLSA); en consecuencia, y salvo disposición estatutaria en contra, será el propio órgano de administración el que decidirá la periodicidad de sus reuniones.

⁶⁸⁴ En efecto, el artículo 44.2 del RESE establece este derecho de información. En realidad, estamos ante una facultad-deber que es consustancial al desempeño del cargo de administrador, puesto que éste deberá de contar con toda la información que fuera necesaria a fin de garantizar el mejor cumplimiento del cometido que le viene encomendado. Nuestra Ley de Sociedades de Capital establece (como una manifestación del deber de diligencia) que “cada uno de los administradores deberá de informarse diligentemente sobre la marcha de la empresa” (artículo 255.2 –antiguo artículo 127.2 del TRLSA–). En este sentido PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. y, ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, V., “La administración de la Sociedad Anónima Europea”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 47, junio 2007, pág. 222, señalan que “con relación a esta facultad-deber, el consejero tiene tanto la obligación de informarse sobre la marcha de la empresa como de actuar en consecuencia, es decir, se trata de un arma para el desarrollo de su función. Por ello, tan responsable será el consejero que no se informe, como aquel que no ejercite su función supervisora, sobre la base de la información recibida. Sin embargo, puede ocurrir que, a pesar de la solicitud diligente del consejero, cierta información no le sea suministrada por las mayorías que puedan controlar el Consejo de administración. En este caso entendemos que, ejercitada diligentemente la facultad de solicitar la información, la obstrucción a dicho acceso podría mitigar la responsabilidad del consejero”. En el mismo sentido RIBELLES ARELLANO, J. M., “Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades”, *Novedades legislativas en materia de sociedades*, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., (director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 323-324, señala que “la información es un componente sustancial del deber de diligencia, pues no puede considerarse diligente a quien pretende gestionar una sociedad ignorando, en mayor o menor medida, lo que en ella sucede. El deber de informarse tiene como lógico correlativo el derecho de los consejeros a disponer de toda información necesaria para el desempeño del cargo”.

⁶⁸⁵ Por consiguiente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 45 del RESE se está por una parte, estableciendo la obligatoriedad de elegir un Presidente y por otra parte, limitando el derecho de elección en los casos de cogestión paritaria (casos en que la mitad de los miembros del órgano hayan sido designados por los trabajadores) en los que el Presidente deberá de ser elegido entre los miembros escogidos por la Junta general. Nuestra Ley de Sociedades de Capital, dejando a salvo lo dispuesto en los estatutos, establece que el Consejo de administración podrá designar a su Presidente. Lo cierto es que en las sociedades anónimas españolas no nos encontraremos con supuestos de cogestión, puesto que no se contempla en nuestra legislación la posibilidad de la participación de los trabajadores en el órgano de administración.

miembros de los órganos⁶⁸⁶; las normas relativas al quórum de constitución (mitad de los miembros presentes o representados)⁶⁸⁷, régimen de adopción de acuerdos (mayoría de miembros presentes o representados)⁶⁸⁸, y voto dirimente del Presidente⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ En efecto, el artículo 46.2 del RESE recoge expresamente la posibilidad de que estatutariamente se limite la reelección (literalmente hace mención a que “los miembros podrán ser nombrados nuevamente”, aunque considero que tal expresión debe interpretarse como referida a la reelección). Nuestra Ley de Sociedades de Capital en su artículo 221.2, párrafo segundo (antiguo artículo 126.4 del TRLSA), se limita a establecer que “los administradores podrán ser reelegidos para el cargo, una o varias veces, por periodos de igual duración máxima”, pero es obvio que nada obsta para que estatutariamente se restrinja esta posibilidad.

El informe de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas (Informe Aldama) de 8 de enero de 2003, en sus consideraciones sobre el Consejo de administración, apartado IV, 2.2, relativo a la inamovilidad de los consejeros externos y duración de su cargo, señala que “aunque cabe considerar que la limitación de la reelección de los consejeros independientes constituye una garantía de su independencia, la Comisión ha llegado a la conclusión de que no parece razonable que la sociedad tenga que prescindir de la colaboración del consejero cuando se ha comprobado su actuación positiva. En este sentido, la Comisión se inclina por no recomendar la limitación de mandatos y que ésta sea una decisión de cada sociedad, que debería reflejarse en los estatutos sociales”. Este informe puede consultarse en la pág. web:

http://www.cnmv.es/Portal_Documentos/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF.

⁶⁸⁷ Dejando a salvo las previsiones estatutarias, el artículo 50.1.a) del RESE establece un quórum de constitución de “al menos la mitad de los miembros presentes o representados”; sin embargo, para nuestras sociedades anónimas nacionales, el artículo 139 del TRLSA fijaba el quórum de constitución del Consejo de administración en la mitad más uno de sus componentes presentes o representados. El actual artículo 247.2 de la Ley de Sociedades de Capital establece que “el Consejo de administración quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales”. No obstante, hay que tener en cuenta, que al ser ésta una materia expresamente regulada por el RESE, las disposiciones de dicho texto legal, a falta de previsión estatutaria, prevalecerán sobre las disposiciones nacionales.

⁶⁸⁸ Sin perjuicio de que estatutariamente pueda establecerse otro quórum, el artículo 50.1.b) del RESE dispone que los acuerdos se adoptaran “por mayoría de los miembros presentes o representados”; nuestra Ley de Sociedades de Capital establece que “los acuerdos del Consejo de Administración se adoptaran por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes a la sesión” (artículo 248.1 –antiguo artículo 140.1 del TRLSA–). En consecuencia, cabe interpretar que lo que el RESE exige es una mayoría simple y por tanto, cuando se trate de una SE con un órgano colegiado (Consejo de dirección, Consejo de control, Consejo de administración) compuesto p. ej. de cuatro miembros, si dos votan a favor, uno en contra y uno se abstiene el acuerdo quedará válidamente adoptado por mayoría simple. En este sentido se pronuncian PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. y, ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, V., “La administración de la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., págs. 262-263. Por el contrario, ESTEBAN VELASCO, G., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 683, es de la opinión de que “la mayoría a que se refiere el artículo 50.1.b) del RESE debe interpretarse como mayoría absoluta, en el sentido de que el número de votos favorables a la propuesta de los miembros presentes o representados debe ser superior al de los votos en contra, las abstenciones, los votos en blanco y los nulos”, añade, además, que “esta es la interpretación adecuada, ya que no se establece como regla supletoria la de la mayoría de votos emitidos (como en el caso de la Junta general, artículos 57-58 del RESE)”.

⁶⁸⁹ En efecto, el artículo 50.2 del RESE dispone que “a falta de disposición estatutaria al respecto, el Presidente de cada órgano tendrá el voto de calidad en caso de empate”. Ahora bien, en relación con el órgano de control se limita la autonomía estatutaria y, por tanto, no se admitirá disposición estatutaria en contra cuando la mitad de los miembros de dicho órgano este compuesta por representantes de los trabajadores (cogestión); en consecuencia, se trata de dar una prevalencia al capital en caso de empate. Resulta, cuanto menos, curioso la referencia que se hace exclusivamente al “órgano de control”; no obstante, tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, ya cit., pág. 685, “esta prohibición de disposición estatutaria deberá de aplicarse analógicamente al supuesto de cogestión paritaria en el Consejo de administración de un sistema monista, ya que no se ve la razón para un tratamiento distinto”. En nuestra legislación nacional no está reconocido el voto de calidad, ya que sin perjuicio de lo dispuesto por vía estatutaria, será el propio Consejo de administración el que podrá designar a su Presidente y regular su propio funcionamiento (artículo 245.2 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 141.1 del TRLSA–).

Además, el RESE contiene otras disposiciones que estaban o, de alguna manera, están en contradicción con nuestro ordenamiento jurídico-societario, como son: la duración máxima del cargo de administrador que fija en seis años⁶⁹⁰; la obligación que se impone para que, a través de las disposiciones estatutarias, se enumeren las categorías de operaciones que requieren autorización⁶⁹¹, lo cual, en cierto modo, choca con lo dispuesto en el artículo 124.4 del Reglamento del Registro Mercantil.

Lo cierto es que a pesar de que el RESE dispone simplemente que cuando no se establezca ninguna disposición sobre el sistema monista, los Estados miembros podrán adoptar las medidas oportunas en relación con las SE, parece que también podrá llevarse a cabo la regulación para aclarar algunos extremos del sistema monista (nacional y comunitario). Igualmente podrán promulgarse normas específicas para las SE que opten por el sistema monista en Estados que ya lo regulen para ejercitar las opciones que el Reglamento atribuye, si se trata de cuestiones no contempladas o que eran objeto de regulación en forma diversa⁶⁹².

El legislador español, en cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento CE nº 2157/2001⁶⁹³, ha procedido adoptar las pertinentes disposiciones para posibilitar el establecimiento de SE en el territorio patrio, mediante la promulgación de la Ley 19/2005 de 14 de noviembre, que se publicó en el BOE el día 15 y que entró en vigor el día 16 de dicho mes de noviembre⁶⁹⁴.

Si bien, al día de la fecha de entrada en vigor de dicha Ley todavía no se habían adoptado las disposiciones reguladoras de la implicación de los trabajadores en la SE⁶⁹⁵ e,

⁶⁹⁰ Según lo establecido en el artículo 46.1 del RESE. Recordemos que nuestra legislación establecía que el plazo de duración del cargo de administrador no podía exceder de cinco años (artículo 126 del TRLSA). La Ley 19/2005 modificó este artículo fijando, al igual que el RESE, en seis años el plazo de duración máxima del cargo de los administradores de las sociedades anónimas nacionales. La reciente Ley de Sociedades de Capital recoge este extremo en el artículo 221.2.

⁶⁹¹ En efecto, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 48 del RESE los estatutos enumeraran las categorías de operaciones que requieran autorización previa, incluso los Estados miembros podrán determinar las categorías de operaciones que deban, como mínimo, figurar en los estatutos de la SE. Sin embargo, debemos recordar que el artículo 124.4 del Reglamento del Registro Mercantil (que en un sentido amplio podemos entender que forma parte de nuestra regulación societaria) dispone que “no podrán inscribirse en el Registro Mercantil la enumeración de facultades del órgano de administración que sean consignadas en los estatutos sociales”.

⁶⁹² MORILLAS JARILLO, M. J. y GRECHENIG, K., “La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español”, ya cit., pág. 16.

⁶⁹³ Según lo dispuesto en el artículo 68.1 del RESE, “los Estados miembros adoptarán todas las disposiciones adecuadas para garantizar la aplicación efectiva del presente Reglamento”. Lo cierto es que como ya he indicado con anterioridad resulta cuanto menos extraño que el propio RESE, que es un instrumento directamente aplicable, contenga una disposición de este tipo que requiere, para la efectiva puesta en marcha del mismo, de la contribución de los legisladores nacionales de los Estados miembros. No obstante, me remito a lo ya dicho en este apartado.

⁶⁹⁴ Así viene recogido en el apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley donde dice que: “esta Ley tiene como objeto cumplir este específico mandato respecto de las sociedades europeas que se domicilien en España”. Ahora bien, a tenor de lo dispuesto en su artículo 70, el RESE entró en vigor el 8 de octubre de 2004 y la ley española fue promulgada con posterioridad a la entrada en vigor del texto comunitario; por tanto, la obligación de adoptar las normas necesarias para la plena aplicación del RESE se ha visto cumplida con más de un año de retraso, puesto que, la Ley 19/2005 entro en vigor el 16 de noviembre de 2005.

⁶⁹⁵ La propia Exposición de Motivos de la Ley 19/2005, en el último párrafo del apartado II, recoge textualmente: “el régimen de la sociedad anónima europea domiciliada en España se complementará con la Ley que regule la implicación de los trabajadores en la sociedad europea, mediante la que se incorporará al Derecho español la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, con el mismo título. Su relevancia deriva de la imposibilidad de registrar una sociedad europea hasta que se hayan determinado las disposiciones relativas a dicha implicación de los trabajadores en aquélla, de acuerdo con lo establecido en el propio Reglamento (CE) nº 2157/2001”.

igualmente, tampoco se había acometido la tarea de adecuar el Reglamento del Registro Mercantil a lo dispuesto en la citada Ley⁶⁹⁶. En consecuencia, quien pretendiera constituir una SE en España se encontraba con la paradoja de que a pesar de contar (eso sí, con retraso) con la Ley 19/2005, que según lo establecido en el propio RESE, venía a complementar el régimen jurídico de las SE que se establecieran en nuestro país, no podía llevar a cabo tal empresa, puesto que no podría registrar la misma al no contar con el preceptivo acuerdo sobre la implicación de los trabajadores⁶⁹⁷. Lo que sucedía es que, a pesar de que la Ley 19/2005 era una norma que estaba formalmente en vigor, carecía de vigencia al depender de la aprobación del Proyecto de Ley sobre implicación de los trabajadores en las SE⁶⁹⁸.

El contenido de la citada Ley se adicionó al TRLSA, modificando el mismo y agregando un nuevo Capítulo XII, denominado “De la Sociedad Anónima Europea”, que añadió 27 artículos, numerados del 312 al 338 ambos inclusive, que estaban divididos en tres secciones⁶⁹⁹. El tema objeto de esta Tesis doctoral se recogía en la sección 3ª. Órganos sociales. Esta sección se subdividía, a su vez, en tres subsecciones:

1ª. Sistemas de administración. Comprendía los artículos 327 y 328. Este último artículo hacía referencia al sistema monista.

2ª. Sistema dual. Comprendía los artículos 329 a 336 ambos inclusive. Los dos últimos artículos (335 y 336) serían aplicables a ambos sistemas de administración, pues hacían referencia a la responsabilidad de los miembros de los órganos de administración, dirección y Consejo de control y, a la impugnación de los acuerdos de los diversos órganos colegiados.

3ª. Junta general. Comprendía los artículos 337 y 338.

La Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, se publicó en el BOE el día 19 de octubre de 2006 y entró en vigor, a tenor de lo dispuesto en la disposición final sexta, el día siguiente de su publicación, 20 de octubre de 2006. Ello quiere decir que, a pesar de estar en vigor el RESE desde el día 8 de octubre de 2004, el retraso legislativo ha impedido que en España se pudiera registrar una SE hasta dos años después de la entrada en vigor del texto comunitario.

⁶⁹⁶ Dicha adecuación se llevó a cabo mediante el Real Decreto 659/2007, de 25 de mayo, fue publicado en el BOE el 8 de junio de 2007 y entro en vigor el día siguiente a su publicación. A pesar de que la disposición adicional segunda de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, concedía al Gobierno un plazo de seis meses, a efectos de que procediera a realizar las modificaciones pertinentes, para la adecuación del Reglamento del Registro Mercantil al contenido de la citada Ley.

⁶⁹⁷ En efecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 12.2 del RESE, “no podrá registrarse ninguna SE salvo que se haya celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores en virtud del artículo 4 de la Directiva 2001/86/CE, se haya tomado una decisión en virtud del apartado 6 del artículo 3 de la mencionada Directiva o haya expirado el período de negociaciones conforme al artículo 5 de la Directiva sin que se haya celebrado ningún acuerdo”. Por tanto, para el registro de las SE se requiere que se haya llegado a un acuerdo sobre la forma de implicación de los trabajadores o bien que la CN haya decidido no iniciar las negociaciones o dar por terminadas las negociaciones ya iniciadas y aplicar las disposiciones sobre información y consulta vigentes en los Estados miembros en que la SE tenga trabajadores o, en el supuesto de que trascurra el plazo legal o prorrogado para llegar a un acuerdo sin que se haya alcanzado, se decida aceptar la aplicación de las disposiciones de referencia.

⁶⁹⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., “Sobre la Sociedad Europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 226.

⁶⁹⁹ La propia Exposición de Motivos, en el párrafo tercero del Exponendo II, señala: “la Ley tiene, pues, un alcance muy limitado. Tan sólo pretende la adición de un nuevo capítulo al texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, a fin de ofrecer aquellas precisiones indispensables que exige el Reglamento para la plena operatividad de la normativa, incorporando, además, los mecanismos de tutela de los intereses particulares de socios y de acreedores y los mecanismos de tutela y de interés público que se han juzgado más adecuados en la fase actual de la progresiva construcción de la Unión Europea”.

La Ley 19/2005 cuenta, además, con una Exposición de Motivos que consta de tres apartados. En el I hace referencia al cumplimiento del mandato específico que el RESE impuso a los Estados miembros, en orden a la adaptación de la normativa interna, a efectos de garantizar la efectiva aplicación del Estatuto de la SE⁷⁰⁰.

En el II se refiere a la SE como una nueva forma societaria cuyo ámbito se extiende al territorio comunitario y que se encuadra dentro del Derecho societario mercantil (de ahí la adición del capítulo XII al TRLSA), aunque con una compleja regulación en la que conviven normas comunitarias de carácter *ius cogens* con normas nacionales. Se hace una referencia especial a la Ley reguladora de la implicación de los trabajadores mediante la que se incorpora al Derecho español la Directiva 2001/86 CEE, teniendo en cuenta su relevancia, pues no podrá registrarse una SE hasta que se determine la implicación de los trabajadores en la misma tal y como establece el RESE⁷⁰¹.

En el III se aborda el tema objeto de esta Tesis⁷⁰², planteándose la opción por el sistema monista o dual y, en su caso, la ampliación de dicha opción a todas las sociedades anónimas españolas, decantándose, finalmente, por otorgar la citada opción sólo a las SE, procediendo, en consecuencia, a regular el sistema dual, pero manteniendo el sistema monista tradicional para la sociedades anónimas españolas⁷⁰³.

Considero que el legislador español ha perdido una oportunidad para introducir, en el ordenamiento jurídico societario nacional, una alternativa más en cuanto a la organización del gobierno societario se refiere, tal y como ya han hecho otros ordenamientos jurídicos de países como Francia que contempla, desde la reforma de la Ley de Sociedades Comerciales de 24 de julio de 1966, ambos sistemas⁷⁰⁴ o Italia tras la reforma de 2003.

También nos encontramos, en esta Ley, con cuatro disposiciones adicionales. La primera relativa al reconocimiento de la SE como forma válida para el ejercicio de la actividad en sectores que se exija una forma jurídica determinada, entre las que se encuentre incluida la sociedad anónima. La segunda otorga al Gobierno un plazo de 6 meses para adecuar el Reglamento del Registro Mercantil al contenido de la Ley. La tercera adiciona un nuevo apartado, el 4, al artículo 107 del TRLSA (actual artículo 186 de la Ley de

⁷⁰⁰ Este específico mandato, impuesto por el legislador comunitario a los Estados miembros en orden a garantizar la efectiva puesta en práctica del RESE, se recoge en su artículo 68.

⁷⁰¹ Véanse los Considerandos 19 y 22, y el artículo 12.2 del RESE. En efecto, el Considerando 19 señala que ambos instrumentos legislativos (Reglamento y Directiva) “constituyen un complemento indisoluble y deben aplicarse concomitantemente”, por tanto, se retrasa la entrada en vigor del Reglamento a efectos de que los Estados miembros puedan incorporar a su Derecho nacional las disposiciones de la Directiva (Considerando 22). Finalmente, el artículo 12.2 establece que para que pueda registrarse una SE será necesario que conste alguna forma de participación de los trabajadores, debiendo denegarse la inscripción en caso contrario.

⁷⁰² En forma muy similar a la que se recogía en el Capítulo I del Título III de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 16 de mayo de 2002, a la que me he referido, detalladamente, con anterioridad en este mismo apartado.

⁷⁰³ Tal y como señala GÓMEZ PORRÚA, J. M., “Análisis en detalle del contenido de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, *Derecho de los Negocios*, número 184, enero 2006, pág. 35 “...respetando la solución tradicional del Derecho español, no ha procedido a generalizar esa opción estatutaria a las demás sociedades anónimas españolas, a la espera –como dice en su Exposición de Motivos– de que la práctica permita apreciar si las sociedades anónimas europeas que se constituyan en España prefieren el «sistema monista» o el «sistema dual» y, en este último caso, cuáles son los principales problemas operativos de este nuevo modelo de organización”.

⁷⁰⁴ En relación con la SE de Derecho francés puede consultarse CATHIARD, C., “La société européenne (SE ou Societas Europaea) en droit français. Décret n° 2006-448 du 14 avril 2006”, *Droit des sociétés*, número 8-9, agosto-septiembre 2006, págs. 5-11; NAVARRO MATAMOROS, L., “La incorporación de la Sociedad Anónima Europea al Derecho francés” *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 463-477.

Sociedades de Capital), relativo a la solicitud pública de representación, permitiendo aplicar lo dispuesto en el mismo a los miembros del Consejo de control de la SE. La cuarta se refiere a la modificación de los artículos 114 y 116 de la Ley de Mercado de Valores (el artículo 114 ha sido derogado en parte –manteniendo en vigor los apartados 2 y 3– por la Ley de Sociedades de Capital y sustituido por el artículo 514 de dicha Ley; asimismo, la Ley de Sociedades de Capital ha derogado el artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores que ha sido sustituido por los artículos 516 y 517 de la Ley de Sociedades de Capital. A posteriori, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible ha procedido, mediante la disposición final quinta, apartados veintiocho y veintinueve, a derogar los apartados 2 y 3 del artículo 114 y los artículos 116 y 116 bis de la Ley de Mercado de Valores⁷⁰⁵) en previsión de aplicar el contenido de los mismos al Consejo de control, en el caso de sociedades europeas que hayan optado por el sistema dual.

Por último, se complementa esta Ley con cinco disposiciones finales. La primera hace referencia a la modificación de diversos artículos del TRLSA⁷⁰⁶; la segunda concierne

⁷⁰⁵ El contenido del artículo 114.2 pasa a integrarse en el artículo 35.1 de la Ley de Mercado de Valores; el del apartado 3, de dicho artículo 114, se deroga por considerarse redundante con lo ya dispuesto en el artículo 81.2 de la Ley de Mercado de Valores, al que se añade un nuevo apartado referido a los administradores y miembros del Consejo de control y el artículo 116 ha quedado recogido en el artículo 61 bis del nuevo Capítulo VI, añadido por la mencionada Ley 2/2011 al Título IV de la Ley de Mercado de Valores.

⁷⁰⁶ Se modifican los artículos 38, 95, 97, 126, 165, 170, 250 y 262 del TRLSA, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre. En efecto, se añade un nuevo apartado 2 al artículo 38 (pasando los apartados 2 y 3 a ser los apartados 3 y 4), en virtud del cual se atribuye el mismo valor que tiene el informe de experto independiente a la certificación emitida por la sociedad rectora de Bolsa de Valores en que estén admitidos a cotización los valores mobiliarios que se aportan a la sociedad. La nueva Ley de Sociedades de Capital ha establecido un sistema de valoración, no siendo necesario el informe de experto salvo que el precio se hubiera visto afectado por circunstancias excepcionales que hubieran podido modificar significativamente el valor de los bienes en la fecha efectiva de la aportación, en cuyo caso los administradores de la sociedad deberán solicitar el nombramiento de experto independiente para que emita el informe (actual artículo 69 a) de la Ley de Sociedades de Capital); el párrafo único del artículo 95 pasa a ser el apartado 1 y se añade un nuevo apartado 2, en virtud del cual la Junta general ordinaria será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo (actual artículo 164.2 de la Ley de Sociedades de Capital); el artículo 97 ha sido modificado para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 56 del RESE, en el que se establece que los accionistas que posean en conjunto, como mínimo, un diez por ciento del capital suscrito de una SE “podrán solicitar la inclusión de uno o más nuevos puntos del orden del día de la Junta general”, es por lo que, teniendo en cuenta que nuestra legislación establecía que la convocatoria de la Junta general ordinaria debía efectuarse, por lo menos, con quince días de antelación, lo cual hacía difícil incluir las posibles ampliaciones del orden del día solicitadas por los accionistas, se ha ampliado el plazo entre la publicación y la convocatoria a un mes y además, se prevé que los accionistas que representen al menos el cinco por ciento del capital social pueden solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de la Junta general, incluyendo uno o más puntos del orden del día (actuales artículos 176 y 172 de la Ley de Sociedades de Capital); el artículo 126 también ha sido modificado como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 46 del RESE, que establece un plazo máximo para el nombramiento de los miembros de los órganos de seis años, ya que no parecía razonable mantener distintos plazos para los miembros de una SE y de una sociedad anónima (actual artículo 221.2 de la Ley de Sociedades de Capital); en los artículos 165 y 170.2 se introduce una misma modificación, de forma que en lugar de exigirse la publicación en dos periódicos de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio, se exige que los anuncios relativos a la reducción del capital y a la propuesta de compra de las acciones propias se publiquen en un periódico de gran circulación en la provincia (actuales artículos 319 y 339.2 de la Ley de Sociedades de Capital); el artículo 250 se modifica para ampliar los supuestos en que puede producirse una fusión simplificada, incluyendo no solo el caso de la absorción de una sociedad íntegramente participada, sino también el supuesto inverso, es decir, el de absorción por la sociedad íntegramente participada de su sociedad madre, que será la sociedad absorbida, e igualmente, el supuesto de que tanto la sociedad absorbente como la absorbida estén íntegramente participadas, directa o indirectamente por una tercera sociedad (fusiones intragrupo, siempre por absorción, en que una de las sociedades absorbente o absorbida está totalmente participada por la otra o en que ambas están íntegramente participadas por una tercera). El cambio efectuado en este artículo había sido propugnado por una interpretación doctrinal (véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Fusiones y otras modificaciones estructurales entre sociedades vinculadas. Nota práctica”, *Revista General de Derecho*, número 609, junio 1995, págs. 7048-7052, concretamente en la pág. 7048, señala “...resulta lícito preguntarnos sobre la posibilidad de aplicación analógica de las normas

a la modificación del artículo 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada⁷⁰⁷; la tercera se ocupa del título competencial, atribuyendo, a tenor de lo previsto en la Constitución Española, al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación mercantil⁷⁰⁸; la cuarta habilita al Gobierno para dictar cuantas disposiciones fueran necesarias para el cumplimiento de esta Ley y la quinta establece la entrada en vigor de la Ley al día siguiente de su publicación.

Queda, así, sucintamente expuesta la estructura y contenido (por lo que a órganos sociales se refiere) de la Ley 19/2005 sobre la SE domiciliada en España, si bien, a lo largo de esta Tesis doctoral procederé a efectuar un estudio más detallado y concreto de su contenido en lo tocante a la administración de la SE.

Cabe destacar la prudencia normativa con la que se ha acometido, por parte del legislador español, la regulación de las SE domiciliadas en España⁷⁰⁹. Prudencia que se pone de manifiesto en la propia Exposición de Motivos de la Ley 19/2005 de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, al señalar que la citada Ley tiene un alcance muy limitado y que su finalidad es ofrecer aquellas precisiones indispensables, que exige el Reglamento para la plena operatividad de la normativa⁷¹⁰.

sobre fusión simplificada a otros supuestos distintos al contemplado en el artículo 250 de la Ley de Sociedades Anónimas. Y en particular en los casos siguientes: 1. Dominio total indirecto; 2. Fusión invertida; 3. Fusión de sociedades gemelas”). Véase la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (artículos 49, 52 y 53). Finalmente, la redacción dada al artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas no cambia el supuesto de hecho que da lugar a la responsabilidad, pero sí modifica la responsabilidad solidaria que se impone a los administradores, ya que sólo responderán por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, presumiéndose que las obligaciones sociales reclamadas son de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior (actual artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital). Véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Notas sobre las modificaciones introducidas en la regulación de las sociedades anónimas españolas y sociedades de responsabilidad limitada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España”, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 209-220.

⁷⁰⁷ La redacción dada al artículo 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley 2/1995, de 23 de marzo), al igual que sucedía en el supuesto del artículo 262.5 del TRLSA, no cambia el supuesto de hecho que da lugar a la responsabilidad, pero sí modifica la responsabilidad solidaria que se impone a los administradores, ya que sólo responderán por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, presumiéndose que las obligaciones sociales reclamadas son de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior (actual artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital).

⁷⁰⁸ Según lo establecido en el artículo 149.1.6º de la Constitución española, “el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ...6º) Legislación mercantil”.

⁷⁰⁹ Tal y como recoge SÁNCHEZ CALERO, F., “Sobre la Sociedad Europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 228: “esta conexión entre el ordenamiento uniforme de la SE y el Derecho nacional, prevista en el Reglamento comunitario, es lo que ha hecho con relativo cuidado nuestro legislador en la Ley 19/2005 de acuerdo con lo previsto en el propio Reglamento, lo que a nuestro juicio se cumplía más en el Proyecto de Ley del Gobierno que en su texto definitivo, en el que se acentúa el particularismo al dar entrada, ciertamente de modo reducido, a las Comunidades Autónomas para informar si el cambio de domicilio de una SE perjudica al interés público...”.

⁷¹⁰ Véase el Exponendo II, párrafo tercero de la Ley 19/2005, donde textualmente se recoge: “la Ley tiene, pues un alcance muy limitado. Tan sólo pretende la adición de un nuevo capítulo al texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, a fin de ofrecer aquellas precisiones indispensables que exige el Reglamento para la plena operatividad de la normativa, incorporando, además, los mecanismos de tutela de los intereses particulares de socios y de acreedores y los mecanismos de tutela y de interés público que se han juzgado más adecuados en la fase actual de la progresiva construcción de la Unión Europea”. En opinión de ILLESCAS ORTIZ, R., “Adiós, sin haber llegado, a la SE”, Editorial, *Derecho de los Negocios*, número 184, enero 2006, págs. 1-3 “...en España podemos despedirnos de la SE incluso antes, o casi, de que la SE haya llegado a nuestra práctica societaria... En efecto en tanto en cuanto la Ley 19/2005 no sufra una profunda modificación en las dos terceras partes de

La reciente Ley de Sociedades de Capital, publicada en el BOE número 161, de 3 de julio de 2010, destina a la regulación de la SE su Título XIII⁷¹¹ y dentro de dicho Título, el Capítulo IV está dedicado a los órganos sociales, a su vez, el Capítulo se divide en tres secciones, cuya organización y contenido se corresponde con las tres subsecciones a las que he hecho referencia al ocuparme de la sistemática introducida en el TRLSA por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España.

Así, la sección 1ª. Sistemas de administración, comprende los artículos 476 y 477 (antiguos artículos 327 y 328 del TRLSA). El artículo 477 (al igual que el antiguo artículo 328 del TRLSA) hace referencia al sistema monista.

La sección 2ª. Sistema dual, comprende los artículos 478 a 491 (antiguos artículos 329 a 336 del TRLSA)⁷¹². El antiguo artículo 331 se desglosa en cuatro artículos (480, 481, 482 y 483) con igual contenido normativo. Asimismo, el antiguo artículo 333 se desglosa en cuatro artículos (485, 486, 487 y 488) con igual contenido normativo. Los dos últimos artículos 490 y 491 (al igual que los antiguos artículos 335 y 336 del TRLSA) serán aplicables a ambos sistemas de administración, pues hacen referencia a la responsabilidad de los miembros de los órganos de administración, dirección y Consejo de control y, a la impugnación de los acuerdos de los diversos órganos colegiados.

La Sección 3ª. Junta general, comprende los artículos 492 a 494 (antiguos artículos 337 y 338 del TRLSA). Si bien, el antiguo artículo 338 se desglosa en dos artículos (493 y 494) con igual contenido normativo.

las nuevas disposiciones que inserta en la Ley de Sociedades Anónimas, resulta altamente improbable que venga nadie a España para constituir y domiciliar aquí SE alguna. También lo es que las compañías actualmente constituidas en España decidan convertirse en SE con domicilio en España; finalmente las sociedades anónimas domiciliadas en España que decidan constituirse en SE con domicilio en otro Estado miembro de la UE –lo que califica indiscriminadamente de «extranjero» como si nuestros socios europeos fueran igual que nuestros antípodas– se van a topar incluso con mayores dificultades que las que han de superar para una más simple fusión transfronteriza por absorción. Y eso que en este caso se encuentra garantizada su desaparición del mapa español, europeo y global, lo cual no acontece en la SE tan nítidamente. Más adelante añade que los inconvenientes, posiblemente insuperables, que la nueva legislación acarrea para la constitución y domiciliación en España de SE, se encuentran dos especialmente significativos “el férreo e imprevisible control gubernamental de su libertad de movimiento societario o corporativo y la excesiva tutela otorgada a los socios de minoría e incluso de mayoría de las sociedades anónimas españolas que devienen SE...”. Además en la pág. 3 señala el hecho de que por primera vez en la historia constitucional española contemporánea, se atribuye a las Comunidades Autónomas “poderes para interferir en decisiones societarias adoptadas por los órganos sociales de las sociedades anónimas al amparo de la Ley de Sociedades Anónimas: la reserva constitucional en materia jurídico-mercantil puede hacer dudosa incluso la constitucionalidad de la medida legislada. Es el Estado, el poder judicial en concreto, quien tiene facultades para ello”.

⁷¹¹ Tal y como señala JUSTE MENCÍA, J., “La sociedad anónima europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 36, 2011-1, pág. 256, “Las normas reguladoras de la SE en la Ley de Sociedades Anónimas se encontraban reguladas en tres secciones, sobre Disposiciones generales, constitución y órganos sociales, dividida esta última en el tratamiento de los sistemas de administración, el sistema dual y la Junta general. Siguiendo la técnica empleada en otros lugares del texto articulado, se ha procedido a una mayor división de las normas en artículos separados (hoy son cuarenta frente a los veintiséis anteriores), y quedan alterados, si bien levemente, los capítulos en que se divide el título (disposiciones generales, domicilio social y su traslado, constitución y órganos sociales), de modo que se otorga sustantividad propia a las normas sobre domicilio y traslado”.

⁷¹² En este sentido JUSTE MENCÍA, J., “La sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 257, recoge que “lógicamente, antes y ahora, la atención del legislador se dirige a regular el sistema de administración dualista, ajeno a nuestra tradición societaria...En este punto, la Ley española ha seguido el principio que podríamos calificar de intervención mínima, mediante el mayor número de remisiones posible al modelo monista tradicional, que se plasma tanto en lo relativo a la Dirección (funciones, ámbito del poder de representación, modos de organización, número de miembros, remisión a las normas sobre consejo en caso de organización colegiada) como en la regulación del Consejo de control (que también contiene una remisión a las normas, cuando fueran compatibles, del Consejo de administración). Los cierto es que la Ley no termina de diseñar con el suficiente detalle la función de vigilancia y las relaciones entre los órganos, a salvo la regla sobre autorización de determinadas operaciones, con un alcance meramente interno”.

En consecuencia, y dejando a salvo el hecho de que se han desglosado varios de los antiguos artículos que fueron adicionados al TRLSA por de la Ley 19/2005, la nueva Ley de Sociedades de Capital no presenta variación alguna en cuanto al contenido normativo de aquella, en lo tocante a la materia relativa a los órganos sociales⁷¹³. No obstante, no se debe olvidar que, según la pirámide normativa que regula la SE, esta nueva Ley tendrá incidencia en la regulación de las SE domiciliadas en España pues, en último término y en determinadas materias, será de aplicación en igualdad de condiciones con las sociedades nacionales, según lo preceptuado por el RESE⁷¹⁴.

II. EL REAL DECRETO 659/2007, DE 25 DE MAYO, POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL APROBADO POR EL REAL DECRETO 1784/1996, DE 19 DE JULIO, PARA SU ADAPTACIÓN A LAS DISPOSICIONES DE LA LEY 19/2005, DE 14 DE NOVIEMBRE, SOBRE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA.

La misma línea de prudencia normativa es la seguida por el Real Decreto 659/2007, de 25 de mayo, por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil⁷¹⁵, a fin de adaptar sus disposiciones a la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, tal y como recoge su parte expositiva.

En relación con la materia objeto de esta Tesis doctoral cabe resaltar:

- En cuanto a las circunstancias que necesariamente deben de figurar en la primera inscripción de las SE domiciliadas en España, la exigencia de hacer constar la existencia del acuerdo relativo a la implicación de los trabajadores, para lo cual, la autoridad laboral

⁷¹³ Al respecto JUSTE MENCÍA, J., “La sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 257, indica que “la organización de la SE ocupa la mayor parte de la regulación, y sólo ha sufrido alguna modificación meramente formal, derivada de la división de los artículos preexistentes. Debe tenerse presente que la SE domiciliada en España debe optar, estatutariamente, por el sistema monista (tratado por mera remisión a lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital para las sociedades anónimas, con la salvedad de no contradecir lo dispuesto en el RESE, lo que suscita algunas dudas interpretativas) o por el dualista, en el que se divide el órgano de administración en Dirección y Consejo de control. Lógicamente, antes y ahora, la atención del legislador se dirige a regular el sistema de administración dualista, ajeno a nuestra tradición societaria”.

⁷¹⁴ En efecto, a tenor de lo previsto en el artículo 9.1.c) ii) del RESE, en las materias no reguladas o en las reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos se aplicarán en primer lugar las disposiciones adoptadas *ad hoc* para las SE y en segundo lugar las disposiciones que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales. A mayor abundamiento, el artículo 10 del RESE establece la igualdad de trato entre las SE y las sociedades anónimas nacionales. Por su parte, JUSTE MENCÍA, J., “La sociedad anónima europea”, ya cit., págs. 255-256, considera que “la mera lectura de la Ley de Sociedades de Capital, como antes de la Ley de Sociedades Anónimas, no da noticia suficiente del papel que está llamada a cumplir en la disciplina de la SE. Ciertamente el artículo 455, bajo la rúbrica «régimen», contiene una remisión a lo establecido en el Reglamento 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre, menciona las normas contenidas en el Título XIII de la Ley de Sociedades de Capital... y la Ley que regula la implicación de los trabajadores en las SE. Esta remisión no refleja, por sí misma, la complejidad normativa a la que debe enfrentarse el operador jurídico, cuando pretenda conocer el régimen aplicable a las SE. Como es conocido, la clave del sistema de fuentes se encuentra en el artículo 9 del RESE, que contiene una prelación ciertamente peculiar, y que permite apreciar en su justa medida el limitado alcance de las normas que ahora contemplamos en relación con la totalidad de las aplicables a las SE domiciliadas en España”.

⁷¹⁵ Publicado en el BOE de 8 de junio de 2007. Debemos recordar que, a tenor de lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, se concedió al Gobierno un plazo de seis meses para realizar las pertinentes modificaciones con el fin de adecuar el Reglamento del Registro Mercantil al contenido de dicha Ley. Sin embargo, han transcurrido más de dieciocho meses hasta la publicación del RD 659/2007.

competente⁷¹⁶ expedirá una certificación que recogerá el contenido del acuerdo, dicha certificación deberá de acompañarse a la escritura pública.

Si no hubiera acuerdo al respecto, en la escritura pública se deberá de recoger la manifestación de los otorgantes, bien relativa al hecho de que la CN ha decidido no iniciar las negociaciones para celebrar el acuerdo de implicación de los trabajadores o bien, que ha dado por terminadas las negociaciones que se hubieran iniciado o, en su caso, que ha transcurrido el plazo legalmente establecido para llegar a un acuerdo sin haberlo alcanzado. Dichas manifestaciones se harán constar en la primera inscripción.

Si el acuerdo alcanzado otorga a los trabajadores una participación en el nombramiento de los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad, la parte relativa a dicho extremo será inscribible en el Registro Mercantil, bien a instancia de la sociedad o bien, a instancia de los representantes de los trabajadores. En los mismos términos será inscribible la aplicación de las disposiciones de referencia supletorias a tales nombramientos⁷¹⁷.

- En cuanto a la administración de las SE domiciliadas en España se establece la exigencia de hacer constar en los estatutos el sistema de administración por el que se opta, monista o dual, siendo de aplicación al sistema monista las mismas normas que regulan este sistema para las sociedades anónimas españolas. Si se opta por el sistema dual deberá de hacerse constar en los estatutos la estructura del órgano de dirección, el plazo de duración en el cargo y, en su caso, también deberá de hacerse constar el número máximo y mínimo de los componentes del órgano de dirección y de control, así como las reglas para la determinación de su número concreto⁷¹⁸.

⁷¹⁶ Lo cierto es que el apartado 3 del artículo 114 del Reglamento del Registro Mercantil dice que la “certificación será expedida por la autoridad laboral competente encargada del Registro a que se refiere el artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores” y, por tanto, la autoridad laboral competente para expedir la preceptiva certificación será la encargada del Registro de los convenios colectivos, puesto que el artículo 90.2 del ET establece que “los convenios deberán ser presentados ante la autoridad laboral competente, a los solos efectos de registro, dentro del plazo de quince días a partir del momento en que las partes negociadoras lo firmen. Una vez registrado, será remitido al órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente para su depósito”.

⁷¹⁷ En efecto, a tenor de lo dispuesto en apartado cuatro del artículo único del RD 659/2007, de 25 de mayo, se añade un nuevo apartado 3 al artículo 114 en virtud del cual se deberán de hacer constar en la primera inscripción de la SE, las circunstancias relativas a la de implicación de los trabajadores. Cuando las partes negociadoras (CN y órganos competentes de las sociedades participantes) hayan adoptado un acuerdo de implicación, se acompañará a la escritura de constitución certificación del dicho acuerdo acreditativa de su contenido y expedida por la autoridad laboral competente. En el supuesto de que la CN haya decidido no iniciar las negociaciones o dar por terminadas las negociaciones en curso y aplicar las disposiciones sobre información y consulta vigentes en los Estados miembros en que la SE tenga trabajadores (artículos 3.6, párrafo primero de la DITSE y 8.2, párrafo primero de la Ley 31/2006), dicha circunstancia se deberá de hacer constar en la escritura pública; igualmente se deberá de hacer constar en escritura pública la circunstancia de que habiendo transcurrido el plazo legalmente establecido no se ha adoptado ningún acuerdo y por tanto, los órganos competentes de las sociedades participantes han decidido aceptar la aplicación de las disposiciones de referencia (artículo 7.1.b) de la DITSE –en relación con el artículo 3.6– y artículo 14.1.b) de la Ley 31/2006 – en relación con el artículo 8.2–). Además, cuando el acuerdo de implicación o, en su caso, las disposiciones de referencia aplicables atribuyan derechos de participación, tal extremo será inscribible a petición de la SE o de los representantes de los trabajadores.

⁷¹⁸ Lo cierto es, que el apartado 5 que se añade al artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil, en virtud de lo dispuesto en el apartado seis del artículo único del RD 659/2007, de 25 de mayo, en su primer párrafo no hace más que repetir la obligación de hacer constar estatutariamente la opción ejercitada en cuanto al sistema de administración (monista o dual), obligación recogida tanto en el RESE (artículo 38) como en la Ley 19/2005 (artículo 327 del TRLSA –actual artículo 476 de la Ley de Sociedades de Capital); el segundo párrafo se limita, cuando se haya optado por el sistema monista de administración, a declarar de aplicación a dicho sistema las reglas en él contenidas, en consonancia con lo previsto por nuestro legislador para la regulación del sistema monista de las SE que decidan establecerse en nuestro territorio y optar por dicho sistema de administración monista (artículo 477 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 328 del

- En los casos de constitución de una SE *holding* que decida establecer su domicilio en España se deberá de recoger, en la escritura de constitución, el derecho de separación de los socios, por consiguiente, se requiere para su inscripción en el Registro Mercantil una declaración de los administradores acreditativa de dicho extremo⁷¹⁹.

- En los supuestos de traslado del domicilio de una SE a otro Estado miembro, en la escritura pública de traslado deberá de constar la declaración de los administradores relativa a que se han respetado el derecho de separación de los socios y el derecho de oposición de los acreedores⁷²⁰.

- En el caso de constitución de una SE mediante la transformación de una sociedad anónima española, los administradores deberán de redactar un informe en el que se

TRLSA– que declara de aplicación lo establecido para los administradores de las sociedades anónimas nacionales, en cuanto no contradiga las disposiciones del RESE y de la Ley que regula la implicación de los trabajadores); en el párrafo tercero se ocupa del sistema dual, aunque lo hace de manera sucinta, estableciendo la obligación de hacer constar estatutariamente la estructura del órgano de dirección y el plazo de duración en el cargo, pero sin referencia alguna a las distintas formas de organización, ni a la atribución del poder de representación, asimismo, recoge la exigencia de hacer constar en los estatutos el número máximo y mínimo de los componentes del Consejo de control y, en su caso, del Consejo de dirección y las reglas para la determinación del número concreto, pero no hace referencia al plazo de duración de los miembros del Consejo de control, ni a la retribución de los miembros de ambos órganos. Por consiguiente, y teniendo en cuenta que la finalidad del RD que nos ocupa era la adecuación de la normativa del Reglamento del Registro Mercantil a la Ley que regula la SE en España, sólo puedo concluir diciendo que la regulación efectuada, en cuanto al sistema dual, que es el sistema desconocido por nuestra legislación societaria, parece de puro trámite y no cumple las expectativas que cabía esperar, máxime si hacemos una comparación con la regulación del sistema monista.

⁷¹⁹ Según lo previsto en el artículo 131 bis 3, del Reglamento del Registro Mercantil, a efectos de la inscripción en el Registro Mercantil de una SE *holding*, se requiere, cuando la SE *holding* vaya a establecer su domicilio en España, que en la escritura de constitución se haga constar, mediante la correspondiente declaración de los administradores que ningún accionista de las sociedades domiciliadas en España ha ejercitado el derecho de separación o si se hubiere ejercitado tal derecho, la declaración de los administradores haciendo constar los datos de identidad de los accionistas que lo ejercitaron y el reembolso de las correspondientes acciones, previa amortización de las mismas y consiguiente reducción del capital social. Este artículo 131 bis. se introduce por el apartado siete del artículo único del RD 659/2007, de 25 de mayo por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el RD 1784/1996, de 19 de julio, para su adaptación a las disposiciones de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España (BOE 8 de junio). Además deberemos tener en cuenta lo previsto en el apartado 1 de este artículo sobre el depósito del proyecto de constitución, así como lo estipulado en cuanto al nombramiento del experto o expertos independientes encargados de la elaboración del correspondiente informe sobre el proyecto (artículo 131 bis 2).

⁷²⁰ En efecto, teniendo en cuenta que el artículo 463 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 315.2 del TRLSA) establece que el Registrador mercantil, a la vista de los datos obrantes en el Registro y en la escritura pública de traslado (que deberá presentarse en el Registro Mercantil), certificará el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse por la sociedad antes del traslado, se requiere, a tenor de lo dispuesto en el artículo 160 bis 3 del Reglamento del Registro Mercantil, que en la escritura pública de traslado se recoja la declaración de los administradores de que ningún accionista ha ejercitado su derecho de separación, ni ningún acreedor su derecho de oposición o bien, en caso contrario, la declaración de los administradores haciendo constar los datos de identidad de los accionistas que ejercitaron el derecho de separación y el reembolso de las correspondientes acciones, previa amortización de las mismas y consiguiente reducción del capital social, o la identidad de los acreedores que se hubieran opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiera prestado la sociedad. El artículo 160 bis 3 se introduce por el apartado ocho del artículo único del RD 659/2007, de 25 de mayo por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el RD 1784/1996, de 19 de julio, para su adaptación a las disposiciones de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España (BOE 8 de junio). Asimismo, a tenor de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, el Registrador del domicilio social deberá, en el plazo de cinco días, comunicar el proyecto de traslado al Ministerio de Justicia, a la Comunidad Autónoma donde tenga el domicilio la sociedad que va a trasladarse y, cuando fuera pertinente, a la autoridad de vigilancia que corresponda. Dicha comunicación se hará constar en la hoja de la sociedad por anotación marginal, al igual que la oposición al traslado que, en su caso, manifiesten el Gobierno o la autoridad de vigilancia correspondiente (artículo 160 bis 2).

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; dicho informe se incorporará a la escritura pública, siendo éste un requisito necesario para su inscripción en el Registro Mercantil⁷²¹.

- En los supuestos de constitución de una SE domiciliada en otro Estado miembro mediante fusión en la que participe una sociedad española, se requiere una declaración de los administradores acreditativa de que se ha respetado el derecho de separación de los accionistas⁷²².

- En cuanto a la inscripción de la escritura de fusión se requiere, como documento complementario, un informe de los administradores de cada una de las sociedades participantes en la fusión⁷²³.

⁷²¹ De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 224 bis 2, del Reglamento del Registro Mercantil, artículo que fue añadido a tenor de lo dispuesto en el apartado doce del artículo único del RD 659/2007, de 25 de mayo, “para la inscripción de la SE resultante de la transformación se incorporarán a la escritura el informe de los administradores y la certificación de los expertos que se regulan en el artículo 326 de la Ley de Sociedades Anónimas (actuales artículos 474 y 475 de la Ley de Sociedades de Capital)”. Igualmente, deberán observarse las disposiciones contenidas en el apartado 1 de este artículo relativas al depósito del proyecto de transformación y del nombramiento del experto o expertos independientes que certifiquen que la sociedad dispone de activos suficientes, al menos para la cobertura del capital y de las reservas de la SE.

⁷²² En efecto, el artículo 226 bis 3 del Reglamento del Registro Mercantil, artículo añadido en virtud de lo dispuesto en el apartado trece del artículo único del RD 659/2007, de 25 de mayo, determina que en la escritura pública de fusión se hará constar, mediante la correspondiente declaración de los administradores, que ningún accionista ha ejercitado el derecho de separación o si se hubiere ejercitado tal derecho, la declaración de los administradores haciendo constar los datos de identidad de los accionistas que lo ejercitaron y el reembolso de las correspondientes acciones, previa amortización de las mismas y consiguiente reducción del capital social. El Registrador a la vista de los datos obrantes en el Registro y de la escritura pública de fusión presentada y, acreditados los demás trámites previstos al efecto, certificará el cumplimiento, por parte de la sociedad anónima española que se fusiona, de todos los actos y trámites previos a la fusión (artículo 226 bis 4. del Reglamento del Registro Mercantil). Deberá de observarse, además, lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 160 bis, por consiguiente, el Registrador del domicilio de la sociedad que se va a fusionar, una vez que tenga por efectuado el depósito del proyecto de fusión, deberá de comunicar, en el plazo de cinco días, dicho proyecto al Ministerio de Justicia, a la Comunidad Autónoma donde tenga el domicilio la sociedad que se va a fusionar y, cuando fuera pertinente, a la autoridad de vigilancia que corresponda. Dicha comunicación se hará constar en la hoja de la sociedad por anotación marginal, al igual que la oposición a la fusión que, en su caso, manifiesten el Gobierno o la autoridad de vigilancia correspondiente (artículo 226 bis 1).

⁷²³ Lo cierto es que el artículo 230.1.3º del Reglamento del Registro Mercantil exige para la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de fusión que, entre otros documentos, se acompañe “el informe de los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión explicando y justificando el proyecto” (este requisito es también exigible en la fusión de sociedades nacionales). El artículo 230 se introduce por el apartado catorce del artículo único del RD 659/2007, de 25 de mayo por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el RD 1784/1996, de 19 de julio, para su adaptación a las disposiciones de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España (BOE 8 de junio). Además del mencionado informe se deberán acompañar, para la inscripción de la escritura de fusión, los siguientes documentos: el proyecto de fusión, salvo que se halle depositado en el mismo registro (artículo 230.1.1º); los ejemplares de los diarios en que se hubiesen publicado la convocatoria de la Junta y el acuerdo de fusión (artículo 230.1.2º); el informe o informes del experto o expertos independientes sobre el proyecto de fusión y sobre el patrimonio aportado por la sociedades que se extinguen, cuando fueran obligatorios (artículo 230.1.4º). Cuando la sociedad que se constituya mediante fusión vaya a fijar su domicilio en España, se requerirá, además, que se acompañen los certificados de las autoridades correspondientes al domicilio de las sociedades de los otros Estados miembros participantes en la fusión, acreditativos de la legalidad del procedimiento según las leyes que les fueran de aplicación, de los asientos vigentes obrantes en el registro de procedencia, así como el informe o informes del experto o expertos independientes (artículo 230.2)

III. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EUROPEAS DOMICILIADAS EN ESPAÑA

La SE que tenga su domicilio en España se regirá por lo establecido en el Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por las disposiciones del Título XIII de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo Capítulo XII de la Ley de Sociedades Anónimas) y por la Ley que regule la implicación de los trabajadores en las SE⁷²⁴.

La enumeración de las fuentes recogida en el párrafo precedente, a tenor de lo previsto en la Ley 19/2005, además de innecesaria, resulta equívoca e incompleta, puesto que, obviamente, las SE domiciliadas en España también se regirán por sus estatutos sociales, por las normas dictadas en desarrollo de la propia Ley 19/2005 (véase la disposición adicional cuarta de esta Ley), por las disposiciones legales que sean de aplicación a una sociedad anónima constituida con arreglo a nuestra legislación y por las demás normas que sean de aplicación en función de la actividad desarrollada (artículo 9.3 del RESE). A mayor abundamiento, debo señalar que no se establece jerarquía alguna entre las fuentes enumeradas en la citada Ley.

En consecuencia, según lo determinado en el sistema de fuentes del RESE⁷²⁵, se aplicará a este tipo societario, en primer lugar, lo dispuesto en el propio Reglamento⁷²⁶; en segundo lugar, las cláusulas estatutarias autorizadas expresamente por el RESE⁷²⁷; en tercer lugar, respecto de las materias no reguladas por el RESE o si se trata de materias reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos, serán aplicables las disposiciones legales que adopte el Estado español, en aplicación de las medidas comunitarias que se refieran específicamente a las SE (disposiciones que deberán de ser conformes con el Derecho previamente armonizado)⁷²⁸; en cuarto lugar, serán de aplicación las disposiciones

⁷²⁴ A tenor de lo dispuesto en el artículo 455 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 312 del TRLSA). En este sentido, SÁNCHEZ-ARJONA BONILLA, F., “La Sociedad Europea. Aspectos generales”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 47, junio 2007, pág. 19, dice que “en cuanto al régimen jurídico aplicable, los artículos 9 del RESE y 312 del TRLSA (actual artículo 455 de la Ley de Sociedades de Capital) reconocen el principio de primacía del Derecho comunitario respecto del Derecho nacional, y por tanto, la SE se rige, en primer lugar, por la norma comunitaria”.

⁷²⁵ El sistema de fuentes del Derecho aplicable a la SE se recoge en el artículo 9 del RESE. Tal y como señala ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 64, “el artículo 9 tiene dos funciones fundamentales: es, por un lado, la pauta necesaria para ordenar las fuentes mencionadas en el Reglamento, la hoja de ruta que permite adentrarse por las disposiciones del Reglamento y desentrañar las relaciones internormativas; y funciona también como Ley general, rigiendo las relaciones internormativas en ausencia de disposiciones específicas sobre materias concretas”.

⁷²⁶ Debo precisar que, como consecuencia de la simplificación del estatuto de la SE, la regulación contenida en el RESE dista mucho de ser completa, ya que en muchas ocasiones el citado texto legal se remite a lo previsto por los legisladores nacionales para las SE que se establezcan en su territorio, disposiciones que deberán de ser conformes con el Derecho europeo armonizado, y en otras ocasiones, la remisión se efectúa al Derecho aplicable a las sociedades anónimas nacionales. A mayor abundamiento, en relación con la materia de órganos debemos de tener en cuenta que la materia relativa a los órganos sociales no está armonizada, puesto que, la propuesta de la Quinta Directiva sobre la estructura de las sociedades anónimas y los poderes y obligaciones de sus órganos ha sido abandonada.

⁷²⁷ Así, por ejemplo, el artículo 38 del RESE, determina que la opción entre el sistema dual y monista se efectúe mediante la correspondiente disposición estatutaria. Cuando el RESE autorice, expresamente, que una determinada materia se regule estatutariamente, deberemos de tener en cuenta que tales disposiciones estatutarias prevalecerán sobre cualquier otra norma de carácter nacional, ya sean normas establecidas *ad hoc* para las SE o para las sociedades anónimas nacionales.

⁷²⁸ En efecto, según dispone el artículo 9.2 del RESE “las disposiciones legales que adopten los Estados miembros específicamente para las SE deberán ser conformes con las directivas aplicables a las sociedades anónimas a que se refiere el anexo I”. En este sentido, MORILLAS JARILLO, M.J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en

legales que se aplican a una sociedad anónima española⁷²⁹; en último lugar, tendrán aplicación las cláusulas estatutarias permitidas para una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado español.

Además, si la SE domiciliada en España tiene la condición de ser una sociedad cotizada⁷³⁰, dicha condición puede implicar la aplicación de normas/recomendaciones sobre gobierno corporativo⁷³¹. Sin olvidar las demás normas que sean de aplicación por razón de la actividad que desarrolle⁷³².

España. Régimen de su representación”, ya cit., pág. 63, recogen: “nótese que se exige el respeto a la norma comunitaria original, no sólo a la disposición nacional en virtud de la cual haya quedado incorporada al ordenamiento nacional, con lo que se sortea el problema de las divergencias en la interpretación e incorporación de las Directivas”.

⁷²⁹ La Ley de Sociedades de Capital (antigua Ley de Sociedades Anónimas), el Reglamento del Registro Mercantil y la Ley de Mercado de Valores, en los supuestos de sociedades anónimas cotizadas, etc., entendiendo que la referencia hecha a la legislación nacional del Estado miembro del domicilio social de la SE, lo es en sentido amplio a las normas que regulan las sociedades anónimas en nuestro país, con independencia de que dichas normas tengan base legal o reglamentaria.

⁷³⁰ De acuerdo con lo establecido en el artículo 495 de la Ley de Sociedades de Capital “son sociedades cotizadas las sociedades anónimas cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores” (una definición similar se contenía en el derogado artículo 111 de la Ley de Mercado de Valores), en consecuencia, sólo las sociedades que adopten la forma de anónimas podrán adquirir el *status* de sociedad cotizada. Normalmente, este tipo de sociedades se caracterizan porque sus acciones se negocian en las bolsas de valores, por tener una gran dimensión y por contar con un elevado número de accionistas en los que prima el interés inversor y por tanto, tienen una escasa o nula influencia en la gestión, ni tan siquiera suelen acudir a las Juntas de la sociedad. Véase FARRANDO MIGUEL, I., “El concepto de sociedad cotizada y alguna consideración complementaria sobre su estatuto jurídico”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID IRUJO, J.M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 59-73; en este sentido se pronuncia también MARTÍ LACALLE, R., “Mecanismos para la reactivación de la Junta general: El papel de las asociaciones de accionistas”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, pág. 189, donde recoge: “tradicionalmente, en el ámbito de las sociedades cotizadas, se habla de sociedades caracterizadas por la dispersión accionarial motivada por la necesidad de gran afluencia de capital en las que existe una clara separación entre la propiedad del capital y control de la sociedad, debido al absentismo de los accionistas que, conscientes de la pequeñez de su participación en el capital y de la poca repercusión que su actuación como socio puede tener, se abstienen del ejercicio de sus derechos para pasar a ocuparse únicamente de la rentabilidad de su inversión”.

⁷³¹ Véase, en este sentido, ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. Y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 528-530. Igualmente, en relación con la aplicación a la SE de la normativa sobre el gobierno corporativo puede consultarse CARBONE, S. M., “La corporate governance della società europea tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato”, *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, DRAETTA, U. y POCAR, F., (directores), Egea, Milán, 2002, págs. 26-27, que considera que, dada la variedad de normas relativas a los diversos aspectos del gobierno corporativo, que también serían de aplicación a las SE, y teniendo en cuenta las limitadas disposiciones de derecho material uniforme previstas en el RESE, al intérprete se le plantea un problema de coordinación entre dichas normas y de prevención de posibles conflictos, por lo que, a efectos de conseguir una reglamentación específica de estos aspectos en el ámbito de la SE, el cauce más adecuado serían los estatutos; además, hay que tener en cuenta que la violación de los límites estatutarios daría lugar a la pérdida de la credibilidad de la sociedad en los mercados y dicha pérdida supone una grave sanción para la empresa, sobre todo si se trata de una sociedad cotizada.

⁷³² A tenor de lo dispuesto en el artículo 9.3 del RESE. Ahora bien, cuando las especialidades afectan a la propia estructura del órgano de administración de la SE, la aplicación de esta normativa nacional puede resultar más problemática. Pensemos en las normas que obligan a que ciertas sociedades anónimas (los bancos, entre otras) estén administradas por un Consejo de administración: ¿se les impide elegir el sistema dual? El Considerando 26 del RESE establece: “las actividades de las entidades financieras están reguladas en directivas específicas. El Derecho nacional que traspone dichas directivas, así como otras normas nacionales que regulan dichas actividades, son plenamente aplicables a la SE”, lo que se refleja en el artículo 62 del RESE. No ofrece a nuestro juicio dudas que la SE domiciliada en España podrá dedicarse a la actividad bancaria (así se desprende, por lo demás, de lo que establece la disposición adicional primera de la Ley de

El propio RESE recoge en la Exposición de Motivos la posibilidad de que las acciones de la SE sean admitidas a cotización en Bolsa⁷³³ e, igualmente, declara que no cubre determinados ámbitos tales como el Derecho fiscal, el Derecho de la competencia, el Derecho de la propiedad intelectual, el Derecho concursal y afirma que “en dichos ámbitos y en otros ámbitos no cubiertos (en los que podemos entender comprendido el relativo al mercado de valores) por el presente Reglamento, serán de aplicación las disposiciones del Derecho de los Estados miembros y del Derecho comunitario”⁷³⁴; por lo tanto, serán de aplicación a las SE cotizadas, que decidan establecerse en España, las normas contenidas en la Ley 24/1988 de 18 de julio, del Mercado de Valores.

Además, teniendo en cuenta que la SE se perfila como una gran empresa será frecuente su admisión a cotización y puesto que puede estar administrada bien por un sistema monista o dual, la Ley 19/2005, a fin de adaptar la normativa de la Ley de Mercado de Valores a los supuestos en que las SE cotizadas hayan optado por un sistema de administración dual, ha modificado, según recoge en su disposición adicional cuarta, los artículos 114 y 116 de la Ley de Mercado de Valores, haciendo extensibles a los miembros del órgano de control los deberes establecidos para los administradores⁷³⁵.

Igualmente, y en relación con la aplicación de las recomendaciones del gobierno societario a las SE, las SE cotizadas, que hayan optado por el sistema dual, junto con el informe anual de gobierno corporativo elaborado por la Dirección, acompañarán un informe elaborado por el Consejo de control sobre el ejercicio de sus funciones⁷³⁶.

Sociedades Anónimas Europeas domiciliadas en España), y no por ello estará obligada a elegir el sistema monista como forma de administración aunque sí que, en nuestra opinión, deberá por analogía, ser el órgano de dirección el que se constituya en Consejo, Consejo de dirección. MORILLAS JARILLO, M.J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, ya cit., pág. 65.

⁷³³ Efectivamente, el Considerando duodécimo declara que las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas lo serán a las SE que “hacen ofertas públicas de títulos para obtener fondos y a las transacciones de títulos, así como a las SE que deseen utilizar esos instrumentos financieros”.

⁷³⁴ Textualmente el Considerando vigésimo dice que “el presente Reglamento no cubre otros ámbitos del Derecho tales como el Derecho fiscal, el Derecho de la competencia, el Derecho de propiedad intelectual y el Derecho concursal y, por consiguiente, en dichos ámbitos no cubiertos por el presente Reglamento serán aplicables las disposiciones del Derecho de los Estados miembros y del Derecho comunitario”.

⁷³⁵ Mediante la creación de un nuevo apartado 4 en el artículo 114 de la Ley de Mercado de Valores (actual artículo 514.3 de la Ley de Sociedades de Capital), que declara de aplicación a los miembros del Consejo de control lo dispuesto en dicho artículo y un nuevo apartado 6 en el artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores, que declara que el Consejo de control deberá de elaborar un informe anual sobre el ejercicio de sus funciones. Véase la disposición adicional cuarta de la Ley 19/2005. La nueva Ley de Sociedades de Capital, ha procedido a la derogación del artículo 114 de la Ley de Mercado de Valores, excepción hecha de los apartados 2 y 3 del citado artículo.

Los apartados 2 y 3 del artículo 114 y el artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores han sido derogados por la disposición final quinta, apartados veintiocho y veintinueve, de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, publicada en el BOE número 55 el día 5 de marzo de 2011 y que entró en vigor, a tenor de lo dispuesto en la disposición final sexagésima, al día siguiente de su publicación, es decir, el 6 de marzo de 2011. El contenido del artículo 114.2 pasa a integrarse en el artículo 35.1 de la Ley de Mercado de Valores; el del apartado 3, de dicho artículo 114, se deroga por considerarse redundante con lo ya dispuesto en el artículo 81.2 de la Ley de Mercado de Valores, al que se añade un nuevo apartado referido a los administradores y miembros del Consejo de control y el artículo 116 ha quedado recogido en el artículo 61 bis del nuevo Capítulo VI, añadido por la mencionada Ley 2/2011 al Título IV de la Ley de Mercado de Valores.

⁷³⁶ Véase la disposición adicional cuarta 2, de la Ley 19/2005, que establece dicha obligación al añadir un nuevo apartado 6, al artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores. En consecuencia, las SE cotizadas que decidan establecerse en España y opten por el sistema dual de administración deberán hacer público, con carácter anual, además del informe de gobierno corporativo elaborado por la Dirección, un informe elaborado por el Consejo de control sobre el ejercicio de sus funciones. El artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores ha sido derogado por la disposición final quinta, apartado veintinueve, de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, publicada en el BOE número 55 el día 5 de marzo de 2011 y que entró

También afectarán a las SE domiciliadas en España, por disposición expresa del RESE⁷³⁷, las disposiciones legales aplicables a las sociedades anónimas españolas en lo referente a la disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos y procedimientos análogos, incluidas las disposiciones relativas a la adopción de decisiones por la Junta general.

Conviene recordar que nuestro legislador, al regular estas materias, estaba pensando en una sociedad administrada de acuerdo con el sistema monista, por tanto, la Ley 19/2005 debería, cuanto menos, haber previsto el tratamiento que se iba a dispensar en el caso de una SE administrada de acuerdo con el sistema dual, pero al no haber añadido nada a la escueta remisión efectuada por el RESE, nos encontramos con diversos problemas.

Por lo que respecta a la disolución y liquidación de las SE, debería haberse establecido, tal y como recogían los Proyectos de estatuto de SE de 1970 y 1975⁷³⁸, la equivalencia entre los miembros del órgano de dirección y los liquidadores en cuanto a poderes, deberes, obligaciones y responsabilidad, con sometimiento al control del Consejo de vigilancia.

La Ley de Sociedades de Capital dedica el Título X (antiguo Capítulo IX del TRLSA) a la disolución y liquidación⁷³⁹ y sólo prevé la intervención en el proceso de liquidación en determinados supuestos⁷⁴⁰, pero obviamente, tal intervención en los procesos de liquidación no es comparable con el sometimiento al control del Consejo de vigilancia durante la liquidación.

Habría sido deseable que nuestro legislador se hubiera pronunciado sobre las consecuencias del proceso de liquidación en la estructura orgánica de las SE que hayan optado por un sistema dual de administración; puesto que no lo ha hecho, deberemos acudir a lo previsto a estos efectos en la Ley de Sociedades de Capital (antigua Ley de Sociedades Anónimas), que determina que desde el momento en que la sociedad se declare en liquidación, cesarán en su cargo los administradores extinguiéndose el poder de

en vigor, a tenor de lo dispuesto en la Disposición final sexagésima, al día siguiente de su publicación, es decir, el 6 de marzo de 2011. Su contenido ha quedado recogido en el artículo 61 bis del nuevo Capítulo VI, añadido por la mencionada Ley 2/2011 al Título IV de la Ley de Mercado de Valores.

⁷³⁷ Efectivamente, el artículo 63 del RESE dice textualmente: “en lo referente a la disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos y procedimientos análogos, la SE estará sometida a las disposiciones legales aplicables a la sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que tenga su domicilio social la SE, incluidas las disposiciones relativas a la adopción de decisiones por la Junta general”.

⁷³⁸ De hecho, el artículo 251.2 del Proyecto de estatuto de SE de 1979 y 1975 establecía la equivalencia entre miembros del órgano de dirección y liquidadores y sometía a los liquidadores al control del Consejo de vigilancia. En los ordenamientos que regulan el sistema dual, con la liquidación se produce la sustitución del órgano de dirección por los liquidadores, pero se mantiene el órgano de vigilancia, encargado de controlar las operaciones de liquidación. Véase MORILLAS JARILLO, M.J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, ya cit., pág. 64.

⁷³⁹ En efecto, el Título X de la Ley de Sociedades de Capital se encarga de regular las materias relativas a la disolución y liquidación de sociedades (artículos 360 a 400 –antiguos artículos 260 a 281 del TRLSA–). El Capítulo I del Título X (artículos 360 a 370) se ocupa de la disolución y el Capítulo II de la liquidación (artículos 371 a 400). Cabe añadir, en relación con las SE domiciliadas en España, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 460, Capítulo II, Título XIII de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 313.2 del TRLSA), cuando estas sociedades dejen de tener su administración central en España deberán de regularizar su situación en el plazo de un año y si no lo hicieren deberán de disolverse conforme al régimen general previsto en esta Ley.

⁷⁴⁰ A tenor de lo previsto en los artículos 381, 382 y 460 (antiguos artículos 269, 270 y 313.2 del TRLSA), los accionistas que representen la vigésima parte del capital social podrán solicitar al juez de lo mercantil del domicilio social la designación de un interventor que fiscalice las operaciones de liquidación, también podrá nombrar un interventor el sindicato de obligacionistas y el Gobierno cuando la importancia de la liquidación lo justifique o cuando la SE haya incumplido el deber de regularización.

representación⁷⁴¹, asumiendo los liquidadores, prácticamente, las mismas funciones que venían desarrollando los administradores⁷⁴². Por lo tanto, es claro que los que cesan son los miembros del Consejo de dirección que son quienes ostentan las competencias que son asumidas por los liquidadores, pero entre las funciones de los liquidadores⁷⁴³ no

⁷⁴¹ De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 374.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 267.1 del TRLSA). Pero, obviamente este artículo está pensando en un sistema de administración monista y las funciones que son asumidas por los liquidadores están en consonancia con las que en un sistema dual de administración corresponden al órgano de dirección.

⁷⁴² En el TRLSA las funciones que incumbían a los liquidadores se detallaban en el artículo 272. La nueva Ley de Sociedades de Capital viene a recoger el contenido del antiguo artículo 272 del TRLSA con una sistemática dispersa, e incluso, con un contenido diferente.

Efectivamente, en el Capítulo II dedicado a la liquidación, concretamente en la sección 2ª. relativa a los liquidadores, se hace mención, en el artículo 375.1 *in fine*, a la función de velar por la integridad del patrimonio (antiguo artículo 272 b) *in fine* del TRLSA); en el artículo 379 a las funciones de representación de la sociedad y de concertar transacciones y arbitrajes cuando así convenga a los intereses sociales (antiguo artículo 272 h) y f) del TRLSA). En cuanto a las funciones de representación contenidas en la nueva Ley de Sociedades de Capital, quiero hacer notar que se confiere la representación de la sociedad a cada liquidador, si bien, se otorga la posibilidad de que estatutariamente se regule este extremo de forma diversa; en consecuencia, se regula esta materia para la sociedades anónimas, siguiendo lo previsto en el antiguo artículo 112 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Igualmente, en la sección 3ª del citado Capítulo II, relativa a las operaciones de liquidación, se hace mención, en el artículo 383, al deber inicial de los liquidadores, para el que les concede un plazo de tres meses a contar desde la apertura de la liquidación, de formular un inventario y balance de la sociedad referido al día de su disolución, (el antiguo artículo 272 a) del TRLSA hacía referencia a que los liquidadores en unión de los administradores, al tiempo de comenzar sus funciones, debían suscribir un inventario y balance de la sociedad referidos al día en que se iniciaba la liquidación. La redacción dada al artículo 383 está en consonancia con lo que, a estos efectos, preveía el artículo 115 de la antigua Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada); en el artículo 384 a la función de realizar las operaciones comerciales pendientes y las nuevas necesarias para la liquidación (antiguo artículo 272 c) del TRLSA); en el artículo 385 a la función del cobro de créditos y pago de las deudas sociales, así como a la percepción de los desembolsos pendientes que estuviesen acordados al tiempo de iniciarse la liquidación, u otros desembolsos pendientes hasta completar el importe nominal de las acciones en la cuantía necesaria para satisfacer a los acreedores (antiguo artículo 272 e) y g) del TRLSA); en el artículo 386 a la función de llevar y custodiar los libros y correspondencia de la sociedad (antiguo artículo 272 b) del TRLSA); en el artículo 387 a la función de vender los bienes sociales (antiguo artículo 272 d) del TRLSA). La Ley 25/2011 ha suprimido el deber de vender los inmuebles en pública subasta, en efecto, el apartado veintitrés del artículo primero de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, suprime el apartado segundo del artículo 387, quedando el apartado primero como único párrafo del artículo. Además, en el artículo 388 de la Ley de Sociedades de Capital se recoge el deber de información a los socios y acreedores (antiguo artículo 273 del TRLSA) y en el artículo 390 el deber de formular, una vez terminada la liquidación, un balance final, un informe completo sobre las operaciones de liquidación y un proyecto de división entre los socios del activo resultante (antiguo artículo 274 del TRLSA). La regulación del artículo 390 es idéntica a la del antiguo artículo 118 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Por consiguiente, una vez examinada, de manera sucinta, la forma en que la nueva Ley de Sociedades de capital regula las funciones de los liquidadores, podemos observar que en algunos casos varía el contenido normativo del antiguo artículo 272 del TRLSA y a mayor abundamiento, se ha extendido a los artículos 377, 378, 379 383 y 390 (secciones 2ª y 3ª sobre los liquidadores y sobre las operaciones de liquidación) de la nueva Ley de Sociedades de Capital el contenido normativo de los antiguos artículos 110.2 y 3, 111.1, 112.1. y 2, 115.1 y 118 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Lo cierto es que el párrafo cuarto y último del punto II de la Exposición de Motivos del RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital señala que “el texto refundido ha procedido a una muy importante generalización o extensión normativa de soluciones originariamente establecidas para una sola de las sociedades de capital, evitando no sólo remisiones, sino también tener que acudir a razonamientos en búsqueda de identidad de razón. Esta armonización era particularmente necesaria en lo referente a la determinación de la competencia de la junta general y, sobre todo, en lo relativo a la disolución y liquidación de las sociedades de capital, pues contrastaba el muy envejecido Capítulo IX de la Ley de de sociedades anónimas con el mucho más moderno Capítulo X de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, que se ha tomado como base para la refundición”.

⁷⁴³ Detalladas en los artículos 375, 379, 383, 384, 385, 386, 387, 388 y 390 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 272, 273 y 274 del TRLSA).

encontramos referencia alguna a las funciones de supervisión de la gestión de la sociedad en liquidación.

Algunos autores entienden que, en los supuestos en que la SE esté administrada por el sistema dual, el órgano de control debe mantener las funciones de supervisión, sin perjuicio de que se admita la designación de interventores en los casos previstos en nuestra legislación, ya que la función de estos interventores tiene como fin la tutela de unos determinados intereses específicos.

Una solución de este tipo supondría una desigualdad de trato entre ambos sistemas de administración, puesto que, permitiría la continuidad de los representantes de los trabajadores en el sistema dual, ya que en este sistema la participación de los trabajadores se articula a través del órgano de control, mientras que en el sistema monista la inserción es en el Consejo de administración, órgano que en caso de liquidación cesará en sus funciones, salvo que los estatutos de la sociedad hayan previsto la continuidad de los administradores como liquidadores⁷⁴⁴.

En mi opinión, cuando se haya optado por una administración dual y salvo disposición contraria de los estatutos o nombramiento de liquidadores efectuado por la Junta general que acordó la disolución, “quienes fueran administradores al tiempo de la disolución de la sociedad quedarán convertidos en liquidadores”, puesto que ésta es una materia que, de acuerdo con lo preceptuado en el RESE, se somete a lo dispuesto para las sociedades anónimas nacionales⁷⁴⁵ y el artículo 376.1 de nuestra Ley de Sociedades de Capital, redactado conforme a la Ley 2/2011, de 1 de agosto, así lo establece. Entiendo por tanto, que si los estatutos no se oponen y la Junta general no ha hecho previsión alguna en cuanto al nombramiento de liquidadores, los miembros del órgano de dirección “quedarán convertidos en liquidadores” con sometimiento a la vigilancia de los miembros del órgano de control que, obviamente, seguirán desempeñando las funciones de supervisión, pues en todo caso, los que cesan por disposición legal son los miembros del Consejo de dirección (artículo 374.1 de la Ley de Sociedades de Capital).

La misma normativa es aplicable a los miembros del Consejo de administración en los sistemas monistas y por tanto, sólo se operara el cese en el cargo cuando los estatutos se opongan a que los administradores se conviertan en liquidadores o en el supuesto de que la Junta general que acordó la disolución haya nombrado liquidadores, en cuyo caso si se podría dar una desigualdad en el trato dispensado a los trabajadores en ambos sistemas de administración, ya que se aseguraría su continuidad en los sistemas duales, dada su inserción en el órgano de vigilancia, mientras que se produciría el cese en el sistema monista, puesto que en este sistema los trabajadores serían miembros del Consejo de administración .

En cuanto a lo referente a la insolvencia, suspensión de pagos y procedimientos análogos, a tenor de lo previsto en nuestra Ley Concursal⁷⁴⁶, la competencia para solicitar el concurso se atribuye al órgano de administración⁷⁴⁷. Tal atribución no ofrece ningún

⁷⁴⁴ MORILLAS JARILLO, M.J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, ya cit., pág. 64.

⁷⁴⁵ En efecto, el artículo 63 del RESE determina que “en lo referente a la disolución, liquidación... la SE estará sometida a las disposiciones legales aplicables a las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que tenga su domicilio social la SE, incluidas las disposiciones relativas a la adopción de decisiones por la Junta general”

⁷⁴⁶ Ley 22/2003, de 9 de julio, publicada en el BOE número 164, de 10 de julio de 2003, reformada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (BOE, número 245, de 11 de octubre de 2011).

⁷⁴⁷ Efectivamente, según lo previsto en el artículo 3 de la Ley Concursal estarán legitimados para solicitar la declaración de concurso el deudor y cualquiera de sus acreedores. Ahora bien, si el deudor fuera persona jurídica el órgano de administración o de liquidación, en su caso, serán competentes a tal efecto.

problema en los supuestos en que la SE haya optado por un sistema de administración monista, ahora bien: ¿qué sucederá en los supuestos en que la SE esté administrada por un sistema dual?. La Ley 19/2005 guarda silencio al respecto⁷⁴⁸, pero en virtud de las facultades reconocidas, tanto por el RESE⁷⁴⁹, como por la Ley de Sociedades de Capital⁷⁵⁰ podrá estipularse, bien estatutariamente, bien por decisión del propio Consejo de control, que la solicitud de concurso sea una de las materias que requieran autorización del órgano de control.

Finalmente, debo señalar que, también por expresa disposición del RESE⁷⁵¹, determinados ámbitos del Derecho, no cubiertos por dicho texto legal, tales como el Derecho fiscal, el Derecho de la competencia, el Derecho de la propiedad intelectual y el Derecho concursal (al que me he referido en el párrafo precedente) se regirán también por las disposiciones previstas en nuestra legislación nacional.

Queda, por tanto, recogido, sucintamente, el régimen jurídico aplicable a una SE domiciliada en España; régimen mixto en el que coexisten normas comunitarias y normas nacionales y de cuyo examen se desprende, a mi juicio, que realmente el legislador español, al adoptar las medidas pertinentes para hacer efectiva la aplicación del RESE a las SE que decidan establecerse en España, ha buscado, en la medida de lo posible, una aproximación con nuestro régimen jurídico en materia de sociedades; buena prueba de ello es, en relación con el sistema dual, el procedimiento utilizado para regular, tanto los modos de organizar la Dirección, como la titularidad y el ámbito del poder de representación de este órgano; la forma en que fija el número mínimo de los componentes del Consejo de dirección; la manera en que regula el funcionamiento de los órganos de dirección y control; así como, las continuas remisiones que tanto en relación con el sistema monista, como en lo tocante al sistema dual efectúa la Ley 19/2005 a lo preceptuado para los administradores o para el Consejo de administración en nuestra antigua Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital)⁷⁵².

⁷⁴⁸ En algunos de los ordenamientos que regulan el sistema dual se atribuye la competencia al órgano de dirección, y en otros, se requiere la autorización del órgano de vigilancia. Véase MORILLAS JARILLO, M. J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, ya cit., pág. 64.

⁷⁴⁹ Según lo establecido en el párrafo primero del artículo 48.1 del RESE “los estatutos de la SE enumerarán las categorías de operaciones que requieran que el órgano de dirección reciba una autorización del órgano de control en el sistema dual...”

⁷⁵⁰ En efecto, el legislador español, haciendo uso de la autorización concedida por el RESE a los Estados miembros (párrafo segundo del artículo 48.1) ha dispuesto en el artículo 489 (antiguo artículo 334 del TRLSA) que “el Consejo de control podrá acordar que determinadas operaciones de la Dirección se sometan a su autorización previa...”

⁷⁵¹ Véase el Considerando 20 del RESE, donde expresamente se señala que “el presente Reglamento no cubre otros ámbitos del Derecho tales como el Derecho fiscal, el Derecho de la competencia, el Derecho de propiedad intelectual y el Derecho concursal y, por consiguiente, 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”.

⁷⁵² A tenor de lo previsto en los artículos 479.3, 483, 485, 490 (antiguos artículos 330.3, 331.2, 333.1, 335 de la Ley de Sociedades Anónimas). Esta referencia efectuada, en unos casos a los administradores y, en otros casos, al Consejo de administración, plantea la dificultad de trasladar esas indicaciones a las SE administradas conforme al sistema dual, el legislador debería de haber matizado esa traslación que, en unos casos, tendrá lugar entre el órgano de administración y el órgano de dirección y, en otros, entre el órgano de administración y el órgano de control.

CAPÍTULO CUARTO

LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Título III del RESE, relativo a la estructura de la SE, establece que la SE constará de: una Junta general de accionistas⁷⁵³; y de un órgano de administración, que puede configurarse de dos maneras: mediante un sistema dual, o mediante un sistema monista⁷⁵⁴. El sistema dual se caracteriza por la existencia de un órgano de control y un órgano de dirección⁷⁵⁵. El sistema de administración monista está integrado por un órgano de administración⁷⁵⁶. Además, ambos sistemas comparten una serie de disposiciones comunes⁷⁵⁷.

La materia relativa al régimen jurídico de administración de la SE ha sido, junto con la concerniente a la participación de los trabajadores, la que más problemas ha suscitado. Esta temática, que ya se trató de armonizar a través del Proyecto de la Quinta Directiva sobre la estructura de las sociedades anónimas y los poderes y obligaciones de sus órganos,

⁷⁵³ Del estudio del Reglamento se obtiene la impresión de que el legislador comunitario es consciente de que la SE será una sociedad con muchos socios, donde la mayor parte permanecerá al margen y despreocupada de la intervención en el órgano de creación de la voluntad social. Por ello no se ha querido regular la Junta general como un órgano soberano, sino como un órgano de control esporádico, pues no parece que vaya a intervenir en la gestión extraordinaria y la gestión, representación y control permanente de la sociedad es competencia de otros órganos. Además, el legislador sólo demuestra su interés en regular la intervención de la Junta en decisiones trascendentes, como el traslado de domicilio (artículo 8.6 del Reglamento), la modificación de estatutos (artículo 59 del Reglamento) o la transformación de la SE (artículo 66 del Reglamento). BOQUERA MATARREDONA, J., “La Junta general de la Sociedad Anónima Europea con domicilio en España”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 41, junio 2004, pág. 15. En este mismo sentido ROMERO FERNANDEZ, J. A., “La convocatoria de la junta general de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España”, ya cit., pág. 14 donde señala que “del texto del articulado del Reglamento se deduce, por un lado, que no se ha querido restaurar la posición de la junta general como un auténtico órgano soberano y, por otro lado, que aquélla ha dejado de ser un órgano de competencia general para tener sólo facultades concretas, que permanece al margen de la gestión. Las decisiones de la junta general de la SE sólo son necesarias para algunos asuntos muy trascendentales de la sociedad. No es competente para la gestión y la representación de la sociedad, ni para el control permanente de sus actividades, tarea que se confía a otros órganos”.

⁷⁵⁴ En los Proyectos de 1970 y 1975, el sistema dualista era obligatorio y con participación de los representantes de los trabajadores en el Consejo de vigilancia. En el Proyecto de 1991, se permitía optar entre ambos sistemas, aunque se facultaba a los Estados miembros para imponer uno de ellos. El Proyecto de 1989, al igual que el RESE, establecen la libre opción que deberá de ejercitarse haciendo constar estatutariamente el sistema de administración por el que se va a regir la SE.

⁷⁵⁵ El RESE regula el sistema dual, en la sección 1ª del Título III, artículos 39 a 42 y nuestra Ley de Sociedades de Capital en la sección segunda del Capítulo IV, Título XIII, artículos 478 a 489 (antiguos artículos 329 a 334 del TRLSA).

⁷⁵⁶ El RESE regula el sistema monista en la sección 2ª del Título III, artículos 43 a 45 y nuestra Ley de Sociedades de Capital en la sección primera del Capítulo IV, Título XIII, artículo 477 (antiguo artículo 328 TRLSA).

⁷⁵⁷ Las disposiciones comunes a ambos sistemas de administración, se recogen en los artículos 46 a 51 del RESE y en los artículos 490 y 491 de nuestra Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 335 y 336 del TRLSA).

presentada en 1972, modificada en 1983 y que actualmente se encuentra en vía muerta (habiendo sido retirado el proyecto por la Comisión en diciembre de 2001 debido al bloqueo político)⁷⁵⁸, ha sido también motivo de polémica en los diversos proyectos de estatuto de la SE, pasando de la rígida imposición del modelo dualista (de inspiración germánica) en los Proyectos de 1970 y 1975 y con una fase intermedia que permitía la opción entre el modelo dualista y monista, pero con la posibilidad de imposición de uno de estos dos modelos por parte de los Estados miembros (Proyecto de 1991), hasta llegar a la total libertad de elección entre el sistema dualista o monista y, sin posibilidad de imposición de cualquiera de estos modelos por parte del Estado miembro correspondiente al domicilio de la SE (Proyecto de 1989 y estatuto de SE finalmente aprobado el 8 de octubre de 2001, mediante el Reglamento 2157/2001 (CE). La opción ejercitada se expresará a través de los estatutos sociales.

A pesar de ser la materia de órganos una de las escasas materias en las que, por lo menos en parte, se mantiene la naturaleza comunitaria en su regulación, es también cierto, por otro lado, que el RESE deja que determinados aspectos relativos a los órganos se regulen por los legisladores nacionales en unos casos y en otros, se limita a remitirse a lo previsto en los diversos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros para las sociedades domiciliadas en su territorio, legislación que se considera de aplicación a la SE en las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas nacionales.

Con el abandono de los Proyectos de la Quinta Directiva y la aprobación de un estatuto de SE de carácter flexible e integrado en gran medida por las legislaciones nacionales de los diversos Estados miembros (que dista mucho de los planteamientos iniciales), entramos en materia de órganos en una nueva etapa en la que debido en parte a una influencia, cada vez mayor, del Derecho anglosajón se minimiza la intervención comunitaria y se confía más en la competencia entre legislaciones y en la autorregulación a través de los Códigos de Buena Conducta.

Ante esta nueva corriente, la Comisión solicitó a un grupo de expertos presididos por Jaap Winter, profesor de la Universidad de Rotterdam, que se pronunciase sobre la conveniencia de adoptar un Código Europeo de Buen Gobierno de aplicación en todos los Estados miembros. Los trabajos de este grupo concluyeron en noviembre de 2002 con la elaboración del denominado informe *Winter*⁷⁵⁹ que rechaza la idea de formular un código de estas características, argumentando que las disparidades se producen más entre los distintos Derechos de sociedades de los Estados miembros, que en el contenido de los diversos Códigos de Buen Gobierno. No obstante, recomienda, en esta línea del gobierno societario, mejorar los mecanismos de participación de los accionistas, reforzando los derechos de información así como, los deberes de los administradores, considerando la transparencia como un elemento clave en la regulación del buen gobierno societario y fortaleciendo el papel de los consejeros independientes⁷⁶⁰.

⁷⁵⁸ Véase, en este sentido, ESTEBAN VELASCO, G., “La estructura de las sociedades anónimas en el derecho comunitario (el proyecto modificado de la quinta directiva)”, ya cit., pág. 233 y ss.

⁷⁵⁹ Véase GARRIDO GARCÍA, J.M., “El informe Winter y el Gobierno societario en la Unión Europea”, ya cit., pág.113 y ss.

⁷⁶⁰ Lo cierto es, que en relación con nuestras sociedades anónimas cotizadas, tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G., “Consejeros independientes: función y criterios de independencia en el Código Unificado de Buen Gobierno”, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág.500, “la reorganización de la composición cualitativa del Consejo expresada en el reconocimiento de diversas clases o categorías de consejeros y, en particular, de la figura de los llamados consejeros independientes, es una medida que está estrechamente ligada con las otras dos que suelen considerar también fundamentales para la mejora del Consejo de administración en el debate sobre el buen gobierno corporativos: la reorientación de la principal función del Consejo hacia la supervisión y la reestructuración funcional del mismo en Comisiones auxiliares”; más adelante, en la pág. 510, añade que “con la presencia de consejeros independientes, entendida la

En consonancia con este nuevo enfoque, la Comisión Europea hizo público un plan de acción para la modernización del Derecho de sociedades y, según lo anunciado en dicho plan, crea en 2004 el Foro Europeo para la Gobernanza Empresarial⁷⁶¹; dentro del ámbito comunitario cabe también señalar la Recomendación de la Comisión de la UE, de 15 de febrero de 2005, relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los Comités de Consejos de administración o supervisión, aplicable a las sociedades cotizadas⁷⁶².

Sin duda, creo que toda esta corriente surgida en torno al gobierno societario en los últimos tiempos incidirá en los sistemas de organización de la administración de las sociedades⁷⁶³.

II. SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN. LA POSIBILIDAD DE OPCIÓN: ARTÍCULO 38 DEL REGLAMENTO (CE) Nº 2157/2001, DEL CONSEJO DE 8 DE OCTUBRE DE 2001, Y ARTÍCULO 476 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

La manera de organizar la administración de las sociedades anónimas se regula de forma diversa en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros; así, nos encontramos con países, como es el caso de España, que solo prevén un órgano de administración (sistema monista), que puede adoptar diversas modalidades (administrador único, administradores mancomunados o solidarios o Consejo de administración)⁷⁶⁴; en otros países, como es el caso de Alemania⁷⁶⁵, la administración (sistema dual) se regula a través de un doble órgano (órgano de dirección y órgano de vigilancia) y por último, algunos países, como Francia e Italia regulan ambos sistemas, permitiendo además a las sociedades ejercitar la opción que más les convenga⁷⁶⁶.

Por lo tanto, y dejando a salvo los países que admiten ambos sistemas de administración, los restantes deberán proceder a la regulación del sistema no contemplado

independencia como «la ausencia de cualquier conflicto material de intereses» (Cdo. 7 Recomendación 2005/162CE), se pretende dotar de transparencia a los mecanismos decisorios en el Consejo de administración que pueden utilizarse por los ejecutivos en coalición con los no ejecutivos del grupo o grupos de control para obtener ventajas privadas en perjuicio del interés social valorado en su conjunto. De esta forma se piensa que la presencia de independientes puede actuar como una vía de heterotutela indirecta de los intereses sin representación directa ni influencia en el Consejo».

⁷⁶¹ DOCE, L 321, de 22 de octubre de 2004, págs. 53-54.

⁷⁶² DOCE, L 52, de 25 de febrero de 2005, págs. 51-63.

⁷⁶³ Resulta de interés ESTEBAN VELASCO, G., “El gobierno de las sociedades cotizadas. La experiencia española”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 35, septiembre 2001, págs. 1 y ss.

⁷⁶⁴ Según lo dispuesto en los artículos 23 e), 210 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 9. h) del TRLSA), y 124 del Reglamento del Registro Mercantil. El artículo 23 exige que estatutariamente se haga constar la estructura del órgano al que se cofia la administración de la sociedad en los términos establecidos tanto legal como reglamentariamente (artículos 210 de la Ley de Sociedades de Capital y 124 del Reglamento del Registro Mercantil). La conformación del órgano corresponde a la autonomía de la voluntad expresada a través de los estatutos, dentro de los márgenes legales y reglamentarios. Mediante la nueva redacción dada, por la Ley 25/2011 de 1 de agosto (BOE, número 184 de 2 de agosto), al apartado e) del artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital se admite la posibilidad de que se contemplen dos o más modos de organización, pudiendo optar por cada uno de ellos sin llevar a cabo una modificación estatutaria.

⁷⁶⁵ Véase MORILLAS JARILLO, M. J. y GRECHENIG, K. “La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español”, ya cit., págs. 9-14.

⁷⁶⁶ En opinión de COSTA, CARLA TAVARES DA y BILREIRO, ALEXANDRA DE MEESTER, *The European Company Statute*, ya cit., pág. 61, el RESE ofrece un sistema flexible permitiendo a las SE elegir entre los dos sistemas diferentes de administración de sociedades que actualmente existen en la Comunidad. El primero de inspiración anglo-americana con un solo órgano de administración y el segundo de inspiración alemana con dos órganos y separación de poderes, un órgano que se ocupa de la gestión de la sociedad y otro que se ocupa de controlar dicha gestión.

en su ordenamiento jurídico⁷⁶⁷. Así pues, los Estados miembros, de acuerdo con el mandato del legislador comunitario, deberán de adoptar las medidas necesarias que posibiliten a las SE, que decidan establecerse en su territorio, optar por uno de los dos sistemas de administración (monista o dualista), puesto que el RESE establece para todas las SE, sean del Estado que sean, la posibilidad de optar, sin ningún tipo de condicionamiento previo, por el sistema monista o dual⁷⁶⁸.

El RESE insta a los Estados miembros⁷⁶⁹ para que, en relación con la SE, adopten las medidas oportunas en orden a regular el sistema, bien monista o bien dual, que no esté recogido en su ordenamiento jurídico societario. En este sentido, el legislador español deberá ocuparse de regular el sistema dual.

A este respecto, debe de destacarse que en España el debate sobre la organización de la administración de la sociedad anónima no es nuevo. El profesor Garrigues ya manifestaba, refiriéndose a la Ley de Sociedades Anónimas de julio de 1951, que a pesar de que dicha Ley no había modificado el sistema de administración (sistema monista), era necesario reconocer que en la práctica se ha llegado a resultados similares, al menos en las

⁷⁶⁷ Aunque estamos ante un reglamento, el hecho de que la materia regulada no esté en consonancia con la vigente en el Derecho interno de cada uno de los Estados miembros hace nacer la necesidad de que se promulguen normas nacionales que, por un lado, permitan la completa aplicación de los preceptos del reglamento y por otro, canalicen la opción que en varios puntos permite el propio texto reglamentario. Se requiere, en consecuencia, la intervención de los Estados miembros para darle cumplimiento... Si la promulgación de estas normas no se lleva a cabo, el reglamento no podrá ser aplicado, lo que supondrá el incumplimiento por el Estado de sus obligaciones... el TJCE considera incompatible con el Derecho comunitario la falta de adopción de las medidas necesarias para la efectiva aplicación y en los plazos apropiados de un reglamento. MORILLAS JARILLO, M. J. y GRECHENIG, K. "La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español", ya cit., págs. 6-7.

⁷⁶⁸ En opinión de ROCA JUNYENT, M. y NAVALES, C., *La Sociedad Anónima Europea. Crónica de un largo camino*, Generalidad de Cataluña. Consejo de Trabajo Económico y Social de Cataluña, Barcelona, 2005, pág. 83: "de esta manera, queda superada la confrontación histórica entre los partidarios de los dos sistemas puesto que ambos están incluidos en el Reglamento y se puede optar libremente por uno u otro. En el Reglamento no se ha optado por imponer ninguno de los dos sistemas y, por consiguiente, cabe esperar que esta posibilidad de poder optar libremente por uno u otro contribuya, por lo menos teóricamente, a una aceptación exitosa de la SE como forma de sociedad". En términos parecidos se pronuncia FERRANDO VILLALVA, M. L., "El sistema monista de administración de la Sociedad Europea domiciliada en España", *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 348, señalando que "la solución de incorporar finalmente los dos sistemas rivales de administración ha supuesto la facilidad de aceptación por parte de los Estados miembro, si bien paralelamente esta opción del legislador comunitario obliga implícitamente a los países que no admitían ambos sistemas a regularlos, de forma que garanticen el derecho de opción estatutaria reconocido por el RESE".

⁷⁶⁹ A tenor de lo dispuesto en el artículo 39.5, por lo que se refiere al sistema dual (órgano de dirección y órgano de vigilancia) y 43.4, por lo que se refiere al sistema monista (un único órgano de administración). Resulta, cuanto menos, chocante la redacción dada a estos artículos, ya que de su tenor literal, "podrá adoptar", puede desprenderse la idea de que el RESE deja a voluntad de los legisladores nacionales la posibilidad de regular el sistema de administración que sea desconocido en su país. No obstante y sin perjuicio de que una falta de regulación, en este sentido, contribuiría a hacer el territorio de dicho país menos atractivo para las SE, puede entenderse, además, que se estaría incumpliendo el mandato del artículo 68.1 del RESE, en cuanto a la obligatoriedad que el Reglamento impone a todos los Estados miembros en orden a adoptar todas las disposiciones adecuadas para garantizar la aplicación efectiva del mismo. La opinión de QUIJANO GONZÁLEZ, J., "El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico)", ya cit., pág. 166, en relación con los artículos 39.5 y 43.4, es que "...a pesar de que su dicción literal parece expresar una facultad y no una obligación... lo que realmente dice es que el hecho de que el otro sistema no esté habilitado para las sociedades anónimas nacionales no es obstáculo para adoptar las medidas oportunas en relación con la SE".

En las enmiendas, números 13 y 14, al proyecto de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el estatuto de la SE, el Parlamento europeo propuso que se sustituyera el término "podrá adoptar", contenido en los artículos 39.5 y 43.4 del RESE por el de "adoptará". Véase PÉREZ PÉREZ, P.J., "Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea", *Noticias de la Unión Europea*, número 229, febrero 2004, pág. 99.

grandes sociedades en las que el Consejo de administración limita de hecho su competencia a una función de vigilancia sobre las personas que en realidad ejercen la gestión y representación.

En este mismo sentido, la referencia que los artículos 11.3 h) de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951⁷⁷⁰ y 102 h) del Reglamento del Registro Mercantil de 1956⁷⁷¹ hacían al órgano u órganos que habrán de ejercer la administración, se entendió, por algunos como la posibilidad de que a través de los estatutos la sociedad pudiera configurar la administración mediante más de un órgano de administración simultáneamente o de forma alternativa. Interpretación que fue admitida por la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus resoluciones de 4⁷⁷² y 5⁷⁷³ de octubre de 1982; 21 de abril de 1987⁷⁷⁴; y 13⁷⁷⁵ y 14⁷⁷⁶ de noviembre de 1991.

El Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de junio de 1979, contemplaba la modificación del régimen jurídico de la administración social introduciendo la regulación del sistema dual. En el citado Anteproyecto (artículo 88.5) se decía que la administración de la sociedad podría adoptar, como una de las posibles, la forma de un Consejo de vigilancia y

⁷⁷⁰ En efecto, este artículo establecía que “en la escritura de constitución de una sociedad se expresará: h) La designación del órgano u órganos que habrán de ejercer la administración y el modo de proveer las vacantes que en ellos se produzcan, indicando quien ostenta la representación de la sociedad. ...”

⁷⁷¹ A tenor de lo previsto en este artículo “los estatutos de las sociedades anónimas, para su inscripción en el registro deberán expresar: h) Designación del órgano u órganos que habrán de ejercer la administración, determinando al efecto si ésta se confiere a uno o varios Administradores solidarios o a un Consejo de Administración, e indicando en ambos casos el número concreto de Administradores o el máximo y el mínimo de éstos, la forma de su retribución ...”

⁷⁷² RJ 1982/6299 de Aranzadi. En efecto, la referida resolución recoge que “de acuerdo con lo establecido en el artículo... y 102 h) del Reglamento del Registro Mercantil, se autoriza en nuestro derecho que la administración de la sociedad anónima pueda estar encomendada a un administrador o a varios solidariamente o bien a un Consejo de administración o incluso a un Consejo de administración junto a un administrador o administradores singulares en las condiciones que señala el anterior precepto reglamentario...”

⁷⁷³ RJ 1982/6300 de Aranzadi, donde se señala que “este recurso plantea idéntica cuestión a la resuelta por esta Dirección General en Resolución de 4 de octubre de 1982 (RJ 1982/6299), en la que declaró inscribible la cláusula estatutaria discutida en base al reconocimiento por la jurisprudencia de la posibilidad de un Consejo de administración integrado únicamente por dos miembros, y a que sobre esta premisa se está en realidad ante una administración mancomunada, ya que sus dos componentes no pueden actuar indistinta y solidariamente, por lo que el inciso final de la mencionada cláusula no hace sino añadir con otra redacción lo que hubiere podido incluir como mínimo número de administradores en su 1ª parte”.

⁷⁷⁴ RJ 1987/3218 de Aranzadi. En el fundamento de derecho segundo se recoge que “...acerca del contenido del artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil no existe discrepancia entre Notario y Registrador. Y aunque no se establezca de modo expreso en ninguno de los artículos que los administradores solidarios eran sustitutivos del Consejo, la lectura de los mismos lleva a esta interpretación, y que la voluntad social ha creado un órgano alternativo y no que con carácter simultáneo al Consejo se les haya conferido la administración...”

⁷⁷⁵ RJ 1991/8632 de Aranzadi. Esta resolución hacía referencia a la procedencia de la inscripción de un acuerdo social sobre administración basado en unos estatutos sociales anteriores a la aprobación del TRLSA por el RDL 1564/1989, de 22 de diciembre, y que facultaban a la Junta para optar por un Consejo de administración o por un administrador único. Según recoge el fundamento de derecho primero, en los estatutos inscritos, se dejaba a opción de la Junta el confiar la administración de la Sociedad, bien a un Consejo de administración, bien a un administrador único y en el fundamento de derecho segundo hace referencia a “el principio de respeto a las situaciones jurídicas creadas por acuerdo colectivo celebrado bajo la legislación anterior, el del *favor negotii*... Es el mismo legislador el que, atendiendo a la necesidad práctica de que el nuevo régimen respete situaciones anteriores, ha establecido prudentes plazos de adaptación para estos desajustes de estructura...De acuerdo con estos criterios, si al entrar en vigor la nueva ley, de los estatutos inscritos resulta que la administración puede ser unipersonal o colectiva, según determine la Junta...”

⁷⁷⁶ RJ 1991/8633 de Aranzadi. Esta resolución también estaba referida a la procedencia de la inscripción de un acuerdo social sobre administradores en base a unos estatutos anteriores que facultaban a la Junta para optar por un Consejo de administración o por un administrador único y su contenido era análogo al de la resolución precedente de 13 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8632 de Aranzadi).

una Dirección unipersonal o colegida (si bien, la elección de esta forma de administración era incompatible con la delegación de facultades que quedaba prohibida). Además, el artículo 89 reputaba obligatoria esta forma para cuatro clases de sociedades anónimas: 1. Sociedades que coticen sus títulos en Bolsa o emitan obligaciones; 2. Sociedades cuyo capital sea superior a doscientos millones de pesetas; 3. Sociedades que empleen a más de quinientos trabajadores; 4. Sociedades en que así lo exijan disposiciones de rango legal⁷⁷⁷.

Esta propuesta, como es sabido, no prosperó por lo que el RDL 1564/1989, de 22 de diciembre, siguió regulando como único sistema de administración el monista, pudiendo adoptar el órgano de administración, mediante disposición que debía hacerse constar en los estatutos sociales, alguna de las formas que como *numerus clausus* se detallan en el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil⁷⁷⁸.

La Ley 19/2005 de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, ha recogido y regulado el sistema dual, pero sólo para las SE domiciliadas en el territorio patrio⁷⁷⁹, perdiendo el legislador español, como ya he dicho con anterioridad, la oportunidad de extender la posibilidad de elección por uno u otro sistema a todas las sociedades españolas⁷⁸⁰.

Las diferencias entre estos dos sistemas de administración, que desde un punto de vista puramente teórico parecen claras, tienden a difuminarse en la práctica. En el sistema monista español es conocida, sobre todo en grandes sociedades admitidas a cotización, la práctica de delegación de facultades en el interior de los Consejos de administración con la consiguiente configuración de Comisiones ejecutivas y consejeros delegados, constituyéndose así en los órganos que con carácter más inmediato se encargan de la gestión de la sociedad, dedicándose el pleno del Consejo a tareas que tienen que ver más con la supervisión y vigilancia, acercándose de esta forma a las funciones del órgano de control en

⁷⁷⁷ La Comunicación de la Comisión europea sobre “Modernización del Derecho de sociedades”, de 21 de mayo de 2003 (COM/2003/0284 final), contempla la posibilidad de que las sociedades abiertas y cotizadas, puedan elegir entre el sistema dual y monista de administración. En efecto, en el punto 3.1.3, se recoge que “que al menos las empresas con cotización oficial de la UE deberían tener la posibilidad de elegir entre una estructura unitaria (Consejo de administración que incluya a los administradores no ejecutivos) y una estructura dual (Consejo de dirección y Consejo de supervisión). La Comisión es favorable a la idea de dejar una mayor libertad de organización a las empresas, pero reconoce que deben estudiarse cuidadosamente las implicaciones de una propuesta de este tipo. La adaptación de los Derechos nacionales al Reglamento y a la Directiva sobre el Estatuto de la Sociedad Europea (SE) debería enseñar mucho al respecto. La Comisión propone en consecuencia que la recomendación del Grupo de alto nivel sea objeto de un seguimiento a medio plazo”. La comunicación de la Comisión europea sobre Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea. Un plan para avanzar, puede consultarse en la siguiente página web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0284:ES:HTML>.

⁷⁷⁸ MORILLAS JARILLO, M. J. y GRECHENIG, K. “La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español”, ya cit., págs. 14-15.

⁷⁷⁹ Debo señalar que esta libertad, que el RESE otorga a los legisladores de los Estados miembros para hacer extensiva a las sociedades nacionales la posibilidad de elección entre ambos sistemas de administración (monista y dual), choca, en cierto modo, con lo establecido en el Considerando quinto del RESE que prohíbe “discriminaciones derivadas de un tratamiento injustificadamente distinto de la SE con respecto a las sociedades anónimas”; sin embargo, hay que entender que la elección está circunscrita a las SE, puesto que, los artículos 39.5 y 43.4 del RESE hacen clara referencia a las medidas que deben adoptarse en relación con la SE en orden a regular el sistema que sea desconocido, a fin de garantizar las posibilidad de elección de las SE entre ambos sistemas de administración.

⁷⁸⁰ Al igual que han hecho otros países de nuestro entorno, como Francia e Italia, donde se admite la coexistencia del sistema dual y monista, pudiendo las sociedades anónimas optar por cualquiera de ellos mediante la correspondiente disposición estatutaria. En efecto, el sistema de administración dual fue introducido en la legislación francesa por una enmienda en la discusión de la Ley de 1996. Véase, en relación con la regulación de este sistema de administración de las sociedades anónimas francesas, MAGNIER, V., *Droit des Sociétés*, Dalloz, París, 2002, págs. 280-289.

los sistemas dualistas, si bien, esta delegación de funciones, ni elimina la competencia del delegante, ni le exonera de responsabilidad respecto a las funciones delegadas.

El informe sobre el gobierno de las sociedades cotizadas (Informe Olivencia) destaca la función general de supervisión del Consejo de administración en las sociedades de cierta dimensión, como la más genuina del Consejo de sociedades cotizadas (comprende tres responsabilidades fundamentales: “orientar la política de la compañía, controlar las instancias de gestión y servir de enlace con los accionistas”). También el informe de los miembros de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados financieros de las sociedades cotizadas de 8 de enero de 2003 (Informe Aldama), alude a la división funcional en el seno del Consejo de administración de las sociedades cotizadas y a la disposición de controles internos, como medida que garantice las pautas del gobierno corporativo idóneas para el fomento de la seguridad y la transparencia en las sociedades y el mercado. El Proyecto de Código Unificado de Recomendaciones sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas, de 18 de enero de 2006 (aprobado en mayo de 2006), destaca que las competencias del Consejo de administración son las de aprobar la estrategia de la compañía así como la supervisión y control de que la “Dirección” cumple los objetivos marcados y respeta el objeto e interés social de la compañía⁷⁸¹.

Puede decirse que el legislador europeo se declara imparcial en el debate sobre la reordenación del poder de decisión en las sociedades mercantiles como consecuencia de los movimientos de gobierno corporativo. Sabido es que se pretende introducir, con especial referencia a las sociedades cotizadas, elementos que refuercen la transparencia y el buen gobierno, bien mediante reformas legislativas⁷⁸², bien a través de mecanismos de autorregulación⁷⁸³. Con todo ello lo que se pretende es que el órgano de administración desempeñe con mayor eficacia sus funciones de gestión y supervisión. Ahora bien, para la consecución de tal objetivo no es necesario imponer un modelo determinado de administración, bastará con introducir en el modelo existente los factores de corrección que sean necesarios. El legislador europeo considera, con buen criterio, que tanto el sistema monista como el sistema dual pueden ser igualmente idóneos para el cumplimiento de las exigencias de buen gobierno corporativo. Lo relevante ahora es la manera en que la sociedad introduce los concretos elementos de gobierno corporativo, lo que puede hacerse utilizando, a este efecto, el Consejo de vigilancia en el sistema dual o separando en el sistema monista la función de gestión efectiva de la función de supervisión⁷⁸⁴.

Las SE que decidan fijar su domicilio en España, a tenor de lo previsto en el RESE⁷⁸⁵ y en la Ley de Sociedades de Capital⁷⁸⁶, podrán optar por uno de los dos modelos

⁷⁸¹ CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs., 291-292.

⁷⁸² Concretamente en España mediante la Ley 44/2002 “Financiera” o la Ley 26/2003 de “Transparencia”.

⁷⁸³ En España, podemos citar el Código Olivencia, el Informe Aldama o el Código Conthe y, más recientemente, el Código Unificado de Gobierno Corporativo de mayo de 2006.

⁷⁸⁴ PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. y ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, V., “La administración de la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., págs. 217 y 218.

⁷⁸⁵ En efecto, el artículo 38 establece que las SE podrán optar bien por un modelo dual de administración (órgano de dirección y órgano de control), o bien por un modelo monista (órgano de administración). La elección efectuada por uno de los dos modelos propuestos deberá quedar recogida en los estatutos sociales. Tal y como señala SAN JUAN MUÑOZ, E., “La sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 99, “esta remisión a estatutos de la sociedad lleva en la práctica a la adaptación de los diferentes sistemas de los Estados miembros a la doble posibilidad de estructura de control y administración...”.

⁷⁸⁶ La posibilidad de opción por un sistema monista o dual de administración se recoge para las SE que se domicilien en España en el artículo 476 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 327 del TRLSA). Lo cierto es que este artículo se limita a repetir el contenido normativo del artículo 38 del RESE.

de administración⁷⁸⁷, debiendo quedar recogida dicha opción en los estatutos sociales⁷⁸⁸. Debo señalar, que el ejercicio de la correspondiente opción, tal y como está configurada en el RESE, queda sometida a la autonomía de la voluntad, sin que ningún Estado miembro puede impedirla imponiendo un determinado sistema.

La opción estatutaria se caracteriza por ser libre, puesto que se puede elegir entre uno de los dos sistemas establecidos; cerrada en su contenido, ya que no cabe establecer variaciones en el sistema monista o dual por el que se haya optado; y formal, puesto que debe de quedar reflejada en los estatutos sociales⁷⁸⁹. El ejercicio de esta opción que en principio parece sencillo, no lo es tanto, teniendo en cuenta por un lado, que en la práctica (tal y como anteriormente he señalado), las diferencias entre ambos modelos no son tan claras y por otro, que en muchos aspectos esta materia se regula en el RESE mediante remisión a los Derechos nacionales. A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que algunos ordenamientos sólo conocen uno de los sistemas, por lo que, a tenor de lo previsto en el RESE⁷⁹⁰, podrán adoptar las medidas oportunas a efectos de regular el sistema que les es desconocido⁷⁹¹. En consecuencia, se producirá una regulación diversa según las disposiciones que adopten los Estados miembros, por lo que nos vamos a encontrar con diversidad de modelos en clara competencia legislativa⁷⁹².

⁷⁸⁷ En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 836, señala que “la opción reconocida en el Estatuto de la SE respecto a los dos sistemas es fruto de la evolución que el régimen del Estatuto ha tenido..., pero ha sido uno de los factores que han incidido en esa evolución y en las dificultades para la aprobación del Estatuto...”.

⁷⁸⁸ El Real Decreto 659/2007, de 25 de mayo, por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, para su adaptación a las disposiciones de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, ha añadido un nuevo apartado 5 al artículo 124 que establece que, cuando se trate de una SE, en los estatutos se hará constar el sistema de administración monista o dual, por el que se opta.

⁷⁸⁹ Véase QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El sistema monista”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 593-596; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. y, ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, V., “La administración de la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., págs. 215 y 216.

⁷⁹⁰ En efecto, el artículo 39.5 del RESE en relación con el sistema dual y el artículo 43.4 en relación con el sistema monista contienen una autorización genérica a efecto de que los Estados miembros adopten las medidas oportunas en relación con el sistema que les sea desconocido. En nuestro caso, el legislador español deberá de regular el sistema dual que no está previsto en la legislación societaria española; de hecho nuestra Ley de Sociedades de Capital regula este sistema en los artículos 478 a 489 (antiguos 329 a 334 del TRLSA).

⁷⁹¹ Debo hacer hincapié en que el RESE dice “podrán” ¿qué sucedería si un Estado miembro no adopta ninguna medida? En el caso del ordenamiento jurídico español, por lo que respecta al sistema dual, y siguiendo el sistema de fuentes previsto en el RESE, deberíamos acudir a lo estipulado en el artículo 9.1.c).iii), pudiéndose fijar estatutariamente las pertinentes previsiones en las mismas condiciones establecidas para las sociedades nacionales, pero teniendo en cuenta que nuestra legislación no regula este sistema, sería muy complejo establecer que normativa podría aplicarse por analogía, lo que sin duda, crearía una inseguridad jurídica y la consiguiente desmotivación de los operadores económicos que tuvieran intención de establecer una SE en territorio español, además, tal y como ya he señalado con anterioridad, considero que se estaría incumpliendo el mandato del artículo 68.1 del RESE, en cuanto a la obligatoriedad que el Reglamento impone a todos los Estados miembros en orden a adoptar todas las disposiciones adecuadas para garantizar la aplicación efectiva del mismo.

⁷⁹² En relación con la estructura y funcionamiento de la SE en Bélgica, país en el que, al igual que sucede en España, su legislación contempla tradicionalmente el sistema monista, puede consultarse VAN OMMESLAGHE, P., “*La structure de la Société Européenne: dualisme ou monisme*”, *La Société Européenne*, JACQUES MALHERBE (coordinador), Université Catholique de Louvain. Centre d'études Jean Renauld, Bruylant, Bruxelles 2005, págs. 107-121 y DE CORDT, Y., “*Le fonctionnement de la Société Européenne*”, *La Société Européenne*, JACQUES MALHERBE (coordinador), Université Catholique de Louvain. Centre d'études Jean Renauld, Bruylant, Bruxelles 2005, págs. 123-150. Bélgica procedió a adoptar las disposiciones pertinentes para posibilitar el establecimiento de las SE en su país mediante *l'arrêté royal du 1 septembre 2004*.

En la práctica, los legisladores nacionales, al acometer la regulación del sistema de administración que no les era propio, se han inspirado, en buena medida, en los ordenamientos que lo tenían previamente. Se observa también que se lleva a cabo una implícita o, en otros casos, más explícita confección de una especie de equivalencias entre los dos sistemas. Así, en Estados miembros que desconocían el sistema monista, se observa que las normas del Consejo de administración del sistema monista están tomadas de las del órgano de vigilancia del sistema dual⁷⁹³ y son numerosas las remisiones y la reproducción de normas entre los distintos sistemas⁷⁹⁴. Se ha producido una especie de intento de “traducir” el sistema extraño a las estructuras del sistema propio⁷⁹⁵.

A mi juicio, ésta es también la técnica seguida por el legislador español al regular el sistema dual, tal y como se desprende de la forma en que ha regulado los modos en que puede organizarse la Dirección, el número mínimo fijado para la constitución del Consejo de dirección, la manera en que se atribuye la titularidad y el ámbito del poder de representación, así como por el hecho de que trata, siempre que le resulta posible, de remitirse a lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para el Consejo de administración de nuestras sociedades anónimas.

El elemento diferenciador de ambos sistemas lo constituye, primordialmente, la separación de funciones entre órganos. En el sistema dual el órgano de dirección es el encargado de la gestión y el de control de la supervisión, sin que en ningún caso este último órgano pueda ejercer directamente la gestión⁷⁹⁶. En el sistema monista, como ya he indicado anteriormente, aún en el supuesto de delegación de facultades, el órgano de administración sigue manteniendo las competencias de gestión y representación.

La opción ejercitada puede modificarse en cualquier momento, debiendo observarse al respecto los mismos requisitos previstos para la modificación de los estatutos sociales.

⁷⁹³ Véanse los artículos 38 y ss. de la Ley de cumplimiento de la SE (*SE-Ausführungsgesetz-SEAG*) y 100 y ss. de la Ley de Sociedades Anónimas alemana. Puede encontrarse la traducción de la Ley de cumplimiento de la SE (*SE-Ausführungsgesetz-SEAG*), en la versión aprobada por el *Bundestag* el 29.10.2004, en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M.C., “El proyecto de Ley alemán para el cumplimiento del Reglamento del Consejo (CE) núm. 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea –Ley de Cumplimiento de la SE– (*SE-Ausführungsgesetz-SEAG*)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 23, 2004-2, págs. 363-374.

⁷⁹⁴ Así, en España, donde tradicionalmente se ha regulado el sistema monista, nos encontramos en la regulación del sistema dual con numerosas remisiones a las disposiciones de la Ley de Sociedades de Capital, relativas al Consejo de administración (artículos 483, 485, antiguos artículos 331.2. y 333.1. del *TRLSA*).

⁷⁹⁵ MORILLAS JARILLO, M.J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, ya cit., pág. 67.

⁷⁹⁶ De forma indirecta, se puede decir que el órgano de control participa en la gestión a través de la autorización que debe prestar para que el órgano de dirección pueda realizar determinadas operaciones (artículo 48 del RESE y 489 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 334 del *TRLSA*–), así como, a través del nombramiento de los miembros del órgano de dirección, según lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 39.2 del RESE; nuestro legislador no ha hecho uso de la autorización específica que contiene el párrafo segundo del mencionado artículo y, por tanto, los miembros del órgano de dirección de las SE domiciliadas en España serán nombrados y revocados por el órgano de control.

SECCIÓN PRIMERA

EL SISTEMA DUAL

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El fundamento del sistema dual radica en el propósito de someter al órgano de administración o gestión de la sociedad al control o vigilancia por parte de un órgano distinto y en gran medida como crítica a la existencia de un órgano unitario de gestión de la sociedad, concretamente al Consejo de administración que, ante la complejidad que implican las funciones de gestión, se ve obligado a acudir, en aras de una mayor operatividad, al sistema de delegación e, incluso, a confiar la gestión social a altos ejecutivos ajenos al Consejo, lo que conlleva, en la práctica, a que el resto de los miembros (no delegados del Consejo de administración) se vayan alejando progresivamente de la gestión social que dejan en manos de los consejeros delegados o altos ejecutivos, convirtiéndose, de esta manera, en meros vigilantes. Ahora bien, algunos países entendían que la labor de vigilancia no se realizaba, puesto que, por una parte, los consejeros que debían llevarla a cabo no tenían independencia respecto a los ejecutivos y delegados y por otra, se encontraban con dificultades para efectuar una vigilancia efectiva, labor que, además, era impensable que se pudiera efectuar por la Junta general.

En consecuencia, se pensó que era conveniente situar un órgano intermedio entre los encargados de llevar a cabo las funciones de gestión de la sociedad y la Junta general, con el exclusivo fin de controlar a los gestores efectivos de la sociedad. A este órgano (como órgano intermedio) se le confió la vigilancia general y constante de los directores o administradores de la sociedad. Además se estableció, por ley, una clara separación de funciones entre el órgano de dirección y el de vigilancia, frente a la imprecisa eventual separación de hecho de tales funciones que venía y viene produciéndose en el seno del Consejo de administración, en los países que se rigen por el sistema monista⁷⁹⁷.

II. EL SISTEMA DUAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

A tenor de lo previsto en el RESE⁷⁹⁸, el legislador español deberá de regular el sistema dual⁷⁹⁹ de administración, con el fin de hacer posible que las SE domiciliadas en España ejerciten el derecho de opción que dicho texto legal les otorga⁸⁰⁰.

⁷⁹⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 838-840.

⁷⁹⁸ Recordemos que el artículo 39.5 del RESE contiene una autorización genérica para que los Estados miembros puedan adoptar las disposiciones pertinentes, en orden a regular el sistema dual para las SE, en los supuestos en que su ordenamiento jurídico societario no regule este sistema para sus sociedades anónimas nacionales. De esta forma, se garantiza la libertad de opción entre los dos sistemas recogidos por el RESE. Ahora bien, tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 536, “...la posibilidad de normativa específica, fundada en la autorización genérica de los artículos 39.5... sólo se permite a los Estados miembros respecto del sistema de administración y control que no conocen, ya que en relación con el sistema nacional regulado entra en juego la remisión al Derecho nacional general de la sociedad anónima y, en su caso deberán moverse en el marco limitado de cada

El sistema dual es un sistema de administración inspirado en el modelo germánico⁸⁰¹, en el que el Consejo de vigilancia (*Aufsichtsrat*) es un órgano de gobierno que

autorización específica, que con frecuencia se limita a poder establecer una regulación paralela a la genérica de la sociedad anónima...”.

⁷⁹⁹ El sistema dual tiene sus orígenes en Alemania, donde fue introducido por la Ley de 1870, que convierte en obligatorio el *Aufsichtsrat* para todas las sociedades anónimas. Ahora bien, la primera referencia relativa al Consejo de vigilancia (*Aufsichtsrat*) la podemos encontrar en el Código de Comercio Alemán de 1861 (artículo 225 del *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*). Puede consultarse, en relación con el sistema alemán, ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las Sociedades Anónimas. Derecho Europeo y Reforma del Derecho Español*, ya cit., (en la parte primera de dicho texto, págs. 43-331, se recoge el origen y evolución de la organización de la sociedad anónima en Alemania).

⁸⁰⁰ En efecto, el artículo 38 b) del RESE establece que “... la SE constará de: b) bien un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual), bien un órgano de administración (sistema monista), según la opción que se haya adoptado en los estatutos”. El legislador español recoge esta posibilidad de opción en el artículo 476 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 327 del TRLSA) y haciendo uso de la autorización genérica de regulación conferida por el artículo 39.5 del RESE, regula el sistema dual para las SE que decidan establecerse en España, en los artículos 478 a 489 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 329 a 334 del TRLSA que fueron añadidos al TRLSA por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre sobre la SE domiciliada en España).

⁸⁰¹ El Código de Comercio Alemán de 1861 (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*) menciona por primera vez, en el artículo 225 al Consejo de vigilancia y dice: “1. En caso de que se nombre un *Aufsichtsrat*, éste vigilará la gestión de la sociedad en todas las ramas de la Administración; podrá informarse de la marcha de los asuntos de la sociedad, examinar los libros y documentos de la sociedad en todo momento e inspeccionar las existencias de la caja de la sociedad. 2. Examinará las cuentas, los balances y las propuestas de distribución de beneficios e informará de ello, anualmente, a la Junta general. 3. Convocará la Junta general cuando lo exija el interés de la sociedad”. A través de este artículo entró en la historia del Derecho de sociedades anónimas, con carácter facultativo, el *Aufsichtsrat*, en cuya caracterización legal predomina la actividad de vigilancia. Tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las Sociedades Anónimas. Derecho Europeo y Reforma del Derecho Español*, ya cit. págs. 111-112, “para el legislador de 1861 sólo existen dos órganos obligatorios. En el centro está la Junta de accionistas y como encargado de los asuntos ordinarios de la gestión el *Vorstand*. Los demás órganos son de naturaleza accidental. Sólo razones prácticas –dimensión de la sociedad y composición del accionariado, desconfianza hacia la gestión del *Vorstand*, etc.– pueden aconsejar la constitución de un órgano que de forma más adecuada que la Junta general ejerza el control de la actividad del *Vorstand*. La valoración de esas circunstancias corresponderá a cada sociedad”.

El *Aufsichtsrat* se convierte en obligatorio para todas las sociedades anónimas con la Ley de 1870 (artículo 209,6), pero no se modifica su competencia (el artículo 225 pasa a ser el 225 a). Con posterioridad, en los trabajos preparatorios de la reforma de 1884, se presta una especial atención al *Aufsichtsrat*, según el nuevo artículo 225 (de la reforma de 1884); el *Aufsichtsrat* además de ocuparse de la vigilancia del *Vorstand* y de la convocatoria de la Junta general cuando lo exige el interés social, realizará cuantas obligaciones le encomienden los estatutos, pudiéndose encontrar entre esas obligaciones el nombramiento y revocación del *Vorstand*, el derecho a darle instrucciones y la facultad de autorizar determinados actos de gestión. La regulación de la reforma de 1884, pasa, prácticamente sin cambios, al Código de 1897; el artículo 225 se corresponde con el 246 del *Handelsgesetzbuch*. El Ministerio de Justicia publica en 1930 un proyecto de ley sobre sociedades anónimas; un segundo proyecto se publica en 1931 siguiendo las líneas generales del primero, aunque más perfeccionado en cuestiones de detalle. El 19 de septiembre de 1931, tiene lugar una reforma legislativa parcial sobre la base de los preceptos de este segundo proyecto y se dictan nuevas disposiciones destinadas a integrarse en el *Handelsgesetzbuch*; se trata de disposiciones sobre la responsabilidad personal de los miembros del *Vorstand* y del *Aufsichtsrat*, las obligaciones de éstos, el número máximo de miembros del *Aufsichtsrat* y de puestos que una misma persona puede reunir, el contenido del balance y del informe de gestión, y la revisión anual obligatoria a cargo de expertos independientes; se trata, en fin, de asegurar la vigilancia a partir del propio *Aufsichtsrat* –responsabilidad más delimitada y agravada para sus miembros, nuevas obligaciones de información del *Vorstand* sobre asuntos de la sociedad y sus relaciones con una sociedad dependiente o del grupo, así como la facultad de pedir información del *Aufsichtsrat* y de sus miembros en la línea que fijaban los proyectos de 1930 y 1931, reducción del número total de miembros del *Aufsichtsrat* y sobre todo de ampliar la publicidad a partir de las nuevas disposiciones sobre cuentas, memoria y revisión anual que, sin duda, constituye el objetivo central de la reforma.

Especial relevancia tiene la Ley de 1937, que va a servir como modelo de a las leyes y proyectos, tanto nacionales, como comunitarios, que tratan de introducir un Consejo de vigilancia en el marco de una organización dualista de administración. Esta Ley atribuye al *Vorstand* el ejercicio exclusivo de la gestión de la sociedad bajo su propia responsabilidad, se pretende, por tanto, que el órgano de dirección sea el *Vorstand* y

nombra, supervisa y controla a la Junta directiva (*Vorstand*), órgano ejecutivo y plenamente profesional. Es básica la distinción, funcional y orgánica, entre la Dirección (funciones de gestión y representación con terceros) y el “gobierno” (control) de la sociedad⁸⁰².

Este sistema se encuentra regulado en la sección primera del Título III del RESE⁸⁰³ y por lo que respecta al ordenamiento jurídico español, su regulación se recoge en la sección 2ª del Capítulo IV del Título XIII de la Ley de Sociedades de Capital (subsección segunda de la sección tercera del Capítulo XII del antiguo TRLSA)⁸⁰⁴. También se recogen en la sección 2ª del Capítulo IV del Título XIII de la Ley de Sociedades de Capital (antigua

en la dirección quedan incluidas, tanto la gestión, como la representación. El *Aufsichtsrat* tendrá funciones de vigilancia y por tanto, no podrán confiársele medidas de gestión, sin embargo, no se considera incompatible con la nueva filosofía que determinados negocios se sometan a su autorización previa, en el bien entendido sentido de que tales medidas de autorización previa lo serán en relación con el cumplimiento de su función de vigilancia y que, en ningún caso, pueden llevar a alterar el criterio legal de distribución de competencias entre los órganos y, por tanto, a sustraer al *Vorstand* la competencia de gestión. En consecuencia, la función principal del *Aufsichtsrat* será la vigilancia y a tales efectos la ley pone a su disposición una serie de medios como son la competencia exclusiva para el nombramiento y revocación de los miembros del *Vorstand*, la intervención en el proceso de decisión a través de la autorización de determinadas medidas de gestión, la cooperación en la aprobación de las cuentas anuales (esta es una importante novedad introducida por la Ley de 1937, en virtud de la cual el *Vorstand* en el plazo de los tres primeros meses del ejercicio, redactará la cuentas anuales y el informe de gestión y los presentará al *Aufsichtsrat*, junto con una propuesta de distribución de beneficios; el *Aufsichtsrat* dispone del plazo de un mes, a partir de la presentación, para comunicar su parecer al *Vorstand* sobre las cuentas; si el *Aufsichtsrat* se muestra conforme con las cuentas presentadas, éstas quedan definitivamente aprobadas; la Junta general sólo es competente para la aprobación de las cuentas cuando el *Aufsichtsrat* no da su conformidad a las presentadas por el *Vorstand* o cuando de común acuerdo ambos órganos deciden remitir la aprobación a la Junta general) y las amplias facultades de información e inspección. La reforma del Derecho de sociedades por la Ley de 1965, mantiene la separación en la administración del *Vorstand* y *Aufsichtsrat*, así como los criterios básicos de distribución de competencias entre los mismos y la Junta general; el *Vorstand* conserva su posición como órgano de gestión y representación de la sociedad (el estado del derecho positivo en este punto no varía respecto al de la Ley de 1937); en cuanto a las escasas reformas que afectan a la competencia del *Aufsichtsrat* tienden a asegurar y fortalecer la función de vigilancia de este órgano, pero sin alterar el esquema general de distribución de competencias establecido en 1937; la principal novedad de la reforma de 1965, consiste, precisamente, en ampliar en cuanto a la materia y concretar en cuanto al tiempo, la obligación de información del *Vorstand* al *Aufsichtsrat* y, por otro lado, ampliar también las facultades de información del miembro del *Aufsichtsrat*. Véase ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las Sociedades Anónimas. Derecho Europeo y Reforma del Derecho Español*, ya cit., págs. 112, 115, 147 y 148, 157, 166 a 175, 224, 231, 237, 239

⁸⁰² CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., pág., 288.

⁸⁰³ Efectivamente, el RESE dedica a la regulación del sistema dual de administración la sección 1 del Título III, artículos 39 a 42. En la sección 3 se recogen algunas disposiciones comunes a ambos sistemas de administración relativas a la duración de los nombramientos de los miembros de los órganos (artículo 46); el estatuto jurídico de los miembros de los órganos (artículo 47); las operaciones que deben someterse a previa autorización del órgano de control (artículo 48); el deber de secreto (artículo 49); quórums de constitución y toma de decisiones (artículo 50) y responsabilidad de los miembros de los órganos (artículo 51).

⁸⁰⁴ La Ley de Sociedades de Capital se ocupa de regular en sistema dual, para las SE que decidan establecer su domicilio en España, mediante los artículos 478 a 489 (antiguos artículos 329 a 334 del TRLSA). Debemos de recordar que La Ley 19/2005 de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, ha recogido y regulado el sistema dual, pero sólo para las SE que decidan establecerse en España, de este modo, el legislador español ha perdido la oportunidad de extender la posibilidad de elección, por uno u otro sistema, a todas las sociedades españolas. En efecto, en la Exposición de Motivos de la Ley 19/2005, párrafo final del Exponendo III, se declara que “respetando la solución tradicional del Derecho español, no ha procedido a generalizar esa opción estatutaria a las demás sociedades anónimas españolas, a la espera de que la práctica permita apreciar si las sociedades anónimas europeas que se constituyan en España prefieren el «sistema monista» o el «sistema dual» y, en este último caso, cuales son los principales problemas operativos de este nuevo modelo de organización”. Considero, sin embargo, que introducir esta posibilidad para nuestras sociedades anónima nacionales hubiera sido positivo por la flexibilidad que supone, sobre todo teniendo en cuenta, que en un mercado más amplio, como es el mercado comunitario, son frecuentes las operaciones de reestructuración y tener la posibilidad de optar por uno de los dos sistemas de administración puede contribuir a facilitar tales operaciones, puesto que en función de las dimensiones empresariales puede ser conveniente establecer uno u otro sistema.

subsección segunda de la sección tercera del TRLSA) dos artículos que son comunes a ambos sistemas de administración (dual y monista) y que hacen referencia a la responsabilidad de los miembros de los órganos y a la impugnación de los acuerdos adoptados por los diversos órganos colegiados⁸⁰⁵.

Tanto el RESE⁸⁰⁶, como el legislador español⁸⁰⁷, al regular el sistema dual para las SE que decidan establecerse en nuestro territorio, han recogido que el sistema de administración dual constará de dos órganos, el de dirección y el de control.

III. EL ÓRGANO DE DIRECCIÓN

La normativa del RESE regula este órgano en cuanto a su composición, nombramiento y revocación, funciones, delegación de facultades⁸⁰⁸ y obligaciones de información al órgano de control⁸⁰⁹, dedicándole, específicamente, dos artículos de la sección primera del Título III. Además, en la sección tercera se recogen una serie de normas comunes a los dos sistemas de administración que regulan cuestiones de relevante interés como son, la duración del cargo⁸¹⁰, los requisitos necesarios para el nombramiento con

⁸⁰⁵ En efecto, nuestra Ley de Sociedades de Capital dedica el artículo 490 (antiguo artículo 335 del TRLSA) a la responsabilidad de los miembros de los órganos de ambos sistemas de administración y el artículo 491 (antiguo artículo 336 del TRLSA) a la impugnación de los acuerdos de los órganos colegiados de cualquiera de los dos sistemas de administración.

⁸⁰⁶ Según dispone el artículo 38 b) del RESE, el sistema dual se compone de dos órganos, un órgano de control y un órgano de dirección; tanto la diversidad de órganos como las funciones que cada uno de ellos está llamado a desempeñar marcan las diferencias entre ambos sistemas de administración. No obstante, tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., págs. 531-532, “sin duda desde un punto de vista formal las diferencias son claras (un solo órgano o dualidad de órganos), pero desde un punto de vista material y funcional se está produciendo una aproximación entre los dos grandes sistemas y, paradójicamente, una diversificación intrasistema (monista y dual). Por un lado, no se puede negar la aparición (en cierto modo, consolidación) de elementos comunes en torno al eje principal de separación de funciones significativas que impiden una comparación simplista y, sobre todo, que no permiten hoy obtener conclusiones seguras sobre los elementos de caracterización de uno y otro modelo intrasistema”. Lo cierto es que en países como España donde solo se prevé un sistema de administración monista, prima, sobre todo en las grandes sociedades, un modelo basado en Consejo de administración con delegación de facultades, por consiguiente, los órganos delegados son los que se encargan de la gestión social corriente y el pleno del Consejo de administración de la planificación y del control de la gestión (nos encontramos por ende, con diversidad de órganos y división de funciones), aunque el Consejo en pleno no pierde las facultades delegadas y es responsable de la gestión (por tanto, no se da una separación formal de funciones, aunque sí una separación material).

⁸⁰⁷ Al ser el sistema dual un sistema desconocido en nuestro ordenamiento jurídico, el legislador español, haciendo uso de la autorización genérica conferida por el RESE (artículo 39.5), ha procedido a la regulación del mismo (artículos 478 a 489 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguos artículos 329 a 334 del TRLSA–) y en consecuencia, el artículo 478 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 329 del TRLSA) establece que “en el caso de que se opte por un sistema de administración dual, existirá una Dirección y un Consejo de control”.

⁸⁰⁸ Según lo establecido en el artículo 39. El punto 2 de este artículo (dejando a salvo la posibilidad de que los Estados miembros establezcan o permitan que estatutariamente se establezca que los miembros del órgano de dirección sean nombrados o revocados por la Junta general, en las mismas condiciones que sean de aplicación a las sociedades anónimas nacionales), determina que el “miembro” (cabe entender, por tanto, la posibilidad de nombrar un administrador único) o los miembros del órgano de dirección serán nombrados y revocados por el órgano de control y el punto 1 señala que el órgano de dirección será el responsable de la gestión de la SE y permite a los Estados miembros establecer un sistema de delegación de facultades acorde con la contemplada para sus sociedades anónimas nacionales.

⁸⁰⁹ Efectivamente, en el artículo 41 del RESE se recogen, tanto las obligaciones de información que pesan sobre el órgano de dirección, como las facultades que corresponden al órgano de control para recabar y comprobar la información que precise para el desempeño de sus funciones de vigilancia. Se regula, por tanto, determinados aspectos del flujo de informaciones que debe de suministrarse al órgano de control de las SE.

⁸¹⁰ De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 46 del RESE, el plazo de duración del cargo de los miembros de los órganos deberá de fijarse estatutariamente y no podrá exceder de seis años, sin perjuicio, en su caso, de que puedan ser reelegidos.

especial referencia al nombramiento de las personas jurídicas y a los derechos de ciertos grupos de minorías⁸¹¹, operaciones sujetas a previa autorización⁸¹², deber de secreto de los miembros de los órganos⁸¹³, régimen de adopción de acuerdos⁸¹⁴, responsabilidad de los miembros de los órganos⁸¹⁵.

El legislador español, en consonancia con lo establecido en el RESE⁸¹⁶, ha regulado la Dirección o Consejo de dirección (órgano colegiado que se constituirá, cuando la Dirección se confíe conjuntamente a más de dos personas), en cuanto a las facultades de gestión y representación⁸¹⁷, la composición, organización, funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos⁸¹⁸, dedicándole, específicamente, cinco artículos de la sección 2ª del Capítulo IV del Título XIII de la Ley de Sociedades de Capital (antigua subsección segunda de la sección tercera del Capítulo XII del TRLSA). Asimismo, encontramos disposiciones

⁸¹¹ La regulación de estas materias se recoge en el artículo 47 del RESE. Este artículo, en el punto 1, permite que estatutariamente se estipule que las personas jurídicas puedan ser miembros de los órganos de la SE, siempre y cuando legalmente no se establezca lo contrario para las sociedades anónimas nacionales. En el punto 2 se hace referencia a los requisitos negativos o prohibiciones para ser nombrado miembro de los órganos y en el punto 3 se permite, mediante disposición estatutaria y de conformidad con lo dispuesto en la legislación del Estado miembro del domicilio de la SE, fijar requisitos positivos o condiciones particulares para el nombramiento de los miembros elegidos en representación de los accionistas. En el punto 4 se recogen los derechos que pueden corresponder a las minorías de accionistas o a otras personas o autoridades para el nombramiento de una parte de los miembros de los órganos, en función de lo que establezcan las legislaciones nacionales.

⁸¹² Según lo dispuesto en el artículo 48 del RESE, estatutariamente se fijaran las categorías de operaciones que deben quedar sometidas a la autorización del órgano de control, en los sistemas duales, o a la decisión expresa del órgano de administración, en los sistemas monistas. Asimismo, autoriza a los Estados miembros para fijar las operaciones que como mínimo deban de figurar en los estatutos sociales, e igualmente, para que puedan disponer que el propio órgano de control establezca que determinadas categorías de operaciones deban someterse a su autorización.

⁸¹³ Efectivamente, en el artículo 49, se recoge la obligación de los miembros de los órganos de la SE de no divulgar, incluso después del cese en sus funciones, las informaciones que puedan ser perjudiciales para la sociedad, excepcionando los supuestos en que la divulgación sea exigida o esté permitida para las sociedades anónimas nacionales.

⁸¹⁴ A tenor de lo previsto en el artículo 50 del RESE, los quórums de constitución y adopción de acuerdos de los órganos de la SE, a falta de disposición estatutaria, se regularán conforme a lo dispuesto en este artículo.

⁸¹⁵ El régimen de responsabilidad de los miembros de los órganos se recoge en el artículo 51 del RESE. Este artículo contiene una cláusula general de carácter prioritario y de aplicación directa, por lo demás, se remite, en cuanto a la responsabilidad de los miembros de los diversos órganos en el ámbito de sus respectivas funciones, a lo previsto en las diversas legislaciones para sus sociedades anónimas nacionales.

⁸¹⁶ Recordemos que el artículo 39.5 del RESE contiene una autorización de carácter genérico a efectos de que los Estados miembros, que desconozcan el sistema dual en sus legislaciones, puedan adoptar las pertinentes disposiciones para su regulación; por otra parte, el artículo 68.1 del citado texto legal establece que los Estados miembros deberán de adoptar cuantas disposiciones fueran necesarias para garantizar la efectiva aplicación del RESE y por tanto, en España, donde tradicionalmente se viene regulando el sistema monista, ha sido preciso regular el sistema dual.

⁸¹⁷ Según lo previsto en el artículo 479 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 330 del TRLSA), las facultades de gestión y representación se atribuyen a la Dirección y, la titularidad y el ámbito del poder de representación de los directores se regirá por lo dispuesto para los administradores en la Ley de Sociedades de Capital. Puede observarse que el mencionado artículo, en el punto 1, diferencia las esferas de actuación interna y externa al precisar que “la gestión y representación de la sociedad corresponden a la Dirección”.

⁸¹⁸ De la regulación de estas materias se ocupan los artículos 480 a 483 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 331 del TRLSA). Según establece el artículo 480, la Dirección podrá organizarse, según dispongan los estatutos, mediante un director único, varios directores solidarios, dos directores mancomunados o un Consejo de dirección. El Consejo de dirección estará formado por un mínimo de tres miembros y un máximo de siete (artículo 481). Cuando los estatutos no fijen un número concreto deberán establecer el número máximo y mínimo y las reglas para su determinación (artículo 482). La organización, funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos (dejando a salvo lo previsto en el RESE) se regirá por las disposiciones estatutarias y en su defecto por lo previsto para las sociedades anónimas nacionales (artículo 483).

comunes a ambos sistemas de administración, como son: la responsabilidad de los miembros de los órganos⁸¹⁹ y la impugnación de acuerdos de los órganos⁸²⁰.

1. COMPOSICIÓN Y ORGANIZACIÓN

La composición cuantitativa de este órgano se fijará estatutariamente⁸²¹, bien indicando el número concreto de miembros o las normas para su determinación. No obstante, los Estados miembros podrán fijar el número mínimo, el máximo o ambos⁸²².

Se está otorgando a los Estados miembros una habilitación específica a efectos de la regulación de esta materia, habilitación que prima sobre la genérica que concede el RESE a los Estados miembros que no regulan el sistema dual en su ordenamiento jurídico societario⁸²³.

El legislador español ha establecido que cuando la gestión se encomiende conjuntamente a más de dos personas, éstas deberán constituirse en un órgano colegiado y formaran un Consejo de dirección⁸²⁴, que se compondrá de un mínimo de tres miembros y un máximo de siete⁸²⁵. Ahora bien, ha dejado a la autonomía de la voluntad, expresada

⁸¹⁹ En efecto, de la responsabilidad de los miembros de los órganos se ocupa el artículo 490 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 335 del TRLSA). Nuestro legislador se ha limitado a remitirse a lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital, para los administradores de nuestras sociedades anónimas, que se aplicará a los miembros de los diversos órganos en el ámbito de sus respectivas funciones.

⁸²⁰ De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 491 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 336 del TRLSA), se faculta a los miembros de cada órgano colegiado para impugnar los acuerdos nulos o anulables de los órganos a los que pertenezcan. Igualmente, se concede legitimación para la impugnación de tales acuerdos, a los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social.

⁸²¹ A tenor de lo previsto en este apartado 4 del artículo 39 del RESE, corresponderá a la autonomía de la voluntad, expresada a través de los estatutos, fijar el número de miembros del órgano de dirección o, al menos, las normas para su determinación. Por tanto, este artículo contiene un mandato de regulación estatutaria con libertad de configuración específica, salvo que los Estados miembros establezcan previsiones concretas para la SE.

⁸²² Según dispone el artículo 39.4. *in fine* del RESE. Una regla similar se contempla en el artículo 43.2 del RESE para el sistema monista, aunque en este sistema la posibilidad otorgada a los Estados miembros, en cuanto a la determinación del número de miembros del órgano de administración, está referida a que podrán fijar un número mínimo y, en su caso, un número máximo de miembros. En consecuencia, si los Estados miembros adoptan previsiones específicas se verá restringido el ámbito de regulación estatutaria.

⁸²³ En efecto, recordemos que el apartado 5 del artículo 39, contiene una autorización genérica a efectos de que los Estados miembros, que desconozcan en su ordenamiento jurídico societario el sistema dual, puedan adoptar las medidas pertinentes en orden a su regulación con el fin de garantizar a las SE, que decidan establecerse en su territorio, el libre ejercicio de opción entre el sistema monista y dual. No obstante, la habilitación genérica no entra en juego en el supuesto contemplado en el artículo 39.4. *in fine*, puesto que prevalece la habilitación específica de regulación en él contenida.

⁸²⁴ De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 480.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 331.1. del TRLSA). La misma regulación se establece para las sociedades anónimas nacionales (artículo 210.2 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 136 del TRLSA–).

⁸²⁵ Así se establece en el artículo 481 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 331.1 del TRLSA). Para las sociedades anónimas nacionales sólo se fija un número mínimo (artículo 210.2. *in fine* de la Ley de Sociedades de capital, antiguos artículos 9. h) y 136 del TRLSA). El Proyecto de Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, de 18 de enero de 2006, aconsejaba que el Consejo de administración de las sociedades anónimas cotizadas tenga entre siete y quince miembros, debiendo, al menos tres de ellos ser independientes. Finalmente, el Código Unificado de Gobierno Corporativo, de mayo de 2006, aconseja en su Recomendación número 9 “que el Consejo tenga la dimensión precisa para lograr un funcionamiento eficaz y participativo, lo que hace aconsejable que su tamaño no sea inferior a cinco ni superior a quince miembros”, y en su Recomendación número 13 “que el número de consejeros independientes represente al menos un tercio del total de consejeros”. Tal y como recoge MATEU DE ROS CERESO, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 199: “se suele considerar, con razón, que un consejo demasiado amplio –más de quince miembros– tendría dificultades prácticas para organizar y desarrollar sus funciones de forma eficiente y lo que es más

mediante la correspondiente disposición estatutaria, la posibilidad de concretar el número de miembros y en el supuesto de que no lo concreten, deberán establecer el número mínimo y máximo, así como las reglas para su determinación⁸²⁶.

Entiendo que al haber previsto el legislador nacional el número mínimo y máximo, la autonomía de la voluntad ha quedado limitada a la posibilidad de fijar en los estatutos un número concreto, o bien, un mínimo y un máximo y las reglas para su determinación y, en ambos supuestos, la decisión adoptada debe de encontrarse dentro de los parámetros fijados legislativamente.

Asimismo, y dado que nada se ha previsto en cuanto a las normas para la determinación del número (en caso de que no se haya concretado), entiendo que los estatutos podrían atribuir esta facultad, tanto al Consejo de control, como a la Junta general, aunque parece aconsejable atribuir dicha facultad al mismo órgano autorizado para el nombramiento⁸²⁷.

En cuanto a las formas de organización del órgano de dirección, no se hace mención expresa en el RESE⁸²⁸. No obstante, al regular dicho órgano se hace referencia “al miembro o miembros”⁸²⁹, de lo que puede deducirse que sería posible constituir la Dirección mediante un órgano unipersonal. En todo caso, a falta de regulación específica del RESE, se

importante podría ser controlado con mayor facilidad por parte de los consejeros ejecutivos al producirse un doble fenómeno de dilución de los grupos de interés en el seno del órgano plenario y de sustitución de facto de las funciones del mismo por parte de una comisión delegada o ejecutiva. Aunque un consejo amplio favorece la presencia de un número más elevado de consejeros externos, es más cierto que los riesgos apuntados se elevan considerablemente. Es mejor renunciar a que las comisiones de control estén integradas por muchos miembros que correr el peligro de “desapoderamiento” del consejo de administración plenario”.

⁸²⁶ Precisión recogida en el último punto del artículo 482 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 331.1 del TRLSA). En este mismo sentido, el nuevo apartado 5 añadido al artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil, en virtud del Real Decreto 629/2007, de 25 de mayo, establece que en los estatutos de la SE, cuando se opte por un sistema de administración dual, se hará constar, en su caso, el número máximo y mínimo de los componentes del Consejo de dirección, así como las reglas para la determinación de su número concreto.

⁸²⁷ El legislador nacional no ha hecho uso de la autorización específica contenida en el párrafo segundo, del artículo 39.2 del RESE, relativa a la posibilidad de establecer que los miembros del órgano de dirección sean nombrados por la Junta general (en las mismas condiciones que sean de aplicación a las sociedades anónimas nacionales) y por tanto, los miembros de la Dirección de las SE que decidan establecerse en España serán nombrados y revocados por el Consejo de control, pero permite que, cuando no se determine un número concreto, sean los estatutos sociales los encargados de establecer un número mínimo y un máximo, así como las reglas para su determinación (según lo dispuesto en el artículo 482 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 331.1 *in fine* del TRLSA–); por esta vía podría tener cabida la posibilidad de determinar que sea la Junta general la encargada de fijar el número concreto (otorgándole, de esta manera y aunque sea de forma indirecta –fijando el número concreto de miembros– alguna competencia en cuanto al nombramiento de los miembros del órgano de dirección). Si bien, por razones de coherencia, parece lo más aconsejable que dicha facultad sea atribuida al mismo órgano autorizado para el nombramiento, esto es, al Consejo de control.

⁸²⁸ El Proyecto de 1970 disponía, en el artículo 64.2, que si la Dirección se componía de más de un miembro se constituiría un colegio, con una redacción muy similar el mismo artículo del Proyecto de 1975 disponía que cuando el Comité de dirección estaba compuesto de varios miembros, éstos formarían un colegio. Ahora bien, en el RESE, dejando a salvo las disposiciones que contiene sobre el nombramiento y número de miembros del órgano de dirección (artículo 39.4. y la referencia a “el miembro o los miembros” (artículo 39.2), no se establece ninguna otra cosa sobre la estructura de este órgano.

⁸²⁹ En efecto, el artículo 39.2 del RESE se ocupa de regular el nombramiento y revocación de los miembros del órgano de dirección y del tenor literal de su redacción se observa que la competencia otorgada a estos efectos al órgano de control, lo es para el nombramiento y revocación de “el miembro o los miembros”. Entiendo, por tanto, que se está haciendo una clara referencia a la posibilidad de establecer un órgano unipersonal. En este mismo sentido se pronuncia QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico), ya cit., pág. 166, donde dice que “el órgano de dirección puede ser tanto unipersonal como plural («miembro o miembros» dice el artículo 39.2.)...”.

debe de acudir, según el sistema de fuentes, a lo establecido al efecto por los Estados miembros y en su defecto a la autonomía estatutaria.

Según algunos autores, los Estados miembros podrían establecer un número mínimo de tres, impidiendo, de esta forma, que las SE domiciliadas en su territorio pudieran tener un director unipersonal o un órgano pluripersonal de dos⁸³⁰.

No estoy de acuerdo con esta opinión, puesto que, entiendo, como ya he dejado indicado en párrafos precedentes, que el RESE, al hacer referencia al “miembro o miembros”⁸³¹, está posibilitando que las SE sean dirigidas por un órgano unipersonal⁸³² y a mayor abundamiento, debemos de recordar que según el sistema de fuentes, recogido en dicho texto legal, las SE se regirán, en primer lugar, “por lo dispuesto en el presente Reglamento”⁸³³, debiendo entenderse, por tanto, que la facultad otorgada a los Estados miembros en relación con la composición cuantitativa del órgano de dirección (artículo 39.4 *in fine*), está referenciada a los supuestos en que la organización del mencionado órgano sea pluripersonal.

El legislador español, al regular el sistema dual, ha recogido expresamente⁸³⁴ las formas en que, según disposición estatutaria, se puede organizar la Dirección, estableciendo la posibilidad de que la Dirección se confíe a:

- Un sólo director (órgano unipersonal).
- Varios directores que actúen solidaria o conjuntamente⁸³⁵ (órgano pluripersonal).

⁸³⁰ ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 542. Este autor contempla la posibilidad de que los Estados miembros, en base a las facultades otorgadas por el RESE que les permiten prever un número mínimo, máximo o ambos, según tengan por conveniente para las SE domiciliadas en su territorio, establezcan un mínimo de tres, lo que impediría que la Dirección se constituyera mediante un órgano unipersonal o pluripersonal de dos.

⁸³¹ La posibilidad de que el órgano de dirección sea unipersonal se desprende del tenor literal del artículo 39.2 del RESE que contempla, expresamente, tal probabilidad al hacer referencia a que “el miembro o los miembros del órgano de dirección serán nombrados y revocados por el órgano de control”.

⁸³² En este mismo sentido se pronuncian ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 179; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 840-841; PÉREZ PÉREZ, P. J., “Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., pág. 99, donde recoge: “el órgano de gestión, puede aparecer en la SE, bajo distintas modalidades, en las que destacamos el órgano de un solo miembro o administrador único, y el órgano de varios miembros constituidos en un Consejo de gestión”.

⁸³³ Lo cierto es que a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.1 a) del RESE, en las materias que estén expresamente reguladas prevalece, como no podía ser de otra manera, lo establecido en dicho texto legal. En este sentido VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación”, ya cit., pág. 97, señala que en las materias reguladas por el Reglamento, la fuente normativa que debe aplicarse son las disposiciones del propio RESE, más adelante añade que “en este punto radica precisamente la parte comunitaria que, dentro de su carácter híbrido europeo-nacional, sigue manteniendo la SE. La aplicación de normas nacionales sobre sociedades anónimas, en los aspectos donde hay un régimen implantado por el Reglamento, queda descartada. De igual manera la de normas dictadas por los Estados miembros para las SE que se domicilien en su territorio, que no pueden entrar a regular los aspectos previstos específicamente en el RESE contradiciendo sus preceptos”.

⁸³⁴ Según dispone el artículo 480.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 331.1 del TRLSA). Asimismo, el nuevo apartado 5 añadido al artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil, en virtud del Real Decreto 629/2007, de 25 de mayo, establece que en los estatutos de la SE, cuando se opte por un sistema de administración dual, se hará constar, la estructura del órgano de dirección.

⁸³⁵ Los “varios” (cuando la administración se confía con carácter mancomunado) resultan ser dos, puesto que seguidamente se dice que sí la gestión se confía conjuntamente a más de dos personas deberán constituirse en Consejo de dirección (artículo 480.2 de la Ley de Sociedades de Capital, antiguo artículo 331.1 del TRLSA). Redacción similar a la contenida en el artículo 210.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 123 de TRLSA). Con la redacción dada a este artículo se zanjaron los problemas que planteaba la gestión mancomunada, puesto que, tanto la doctrina, como la jurisprudencia interpretaban, mayoritariamente,

- Un Consejo de dirección (órgano colegiado).

Al regular los modos en que se puede organizar la Dirección, el legislador ha establecido que la forma por la que se opte debe de expresarse en los estatutos, paralelamente a lo que, a este respecto, se establece para las sociedades anónimas nacionales.

Puntualizaré, no obstante, que el legislador español, haciendo uso de autorización genérica concedida por el RESE a los Estados miembros que no regulaban este sistema en sus ordenamientos jurídicos⁸³⁶, podía haber permitido que en los estatutos sociales se recogiera la posibilidad de alternancia de órganos (un solo director, varios directores, consejo, etc.), en la forma prevista, a este respecto, en la legislación societaria española para las sociedades de responsabilidad limitada⁸³⁷, pero, según se desprende de lo dispuesto en la Ley 19/2005, no hizo uso de dicha autorización y por tanto, no cabía establecer cláusulas estatutarias que permitieran la alternancia de órganos.

Ahora bien, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, BOE número 184, de 2 de agosto de 2011, ha modificado la regulación de esta materia para las sociedades anónimas nacionales, permitiendo que los estatutos contemplen dos o más modos de organización, pudiendo optar por cada uno de ellos sin llevar a cabo una modificación estatutaria⁸³⁸. En consecuencia, después de la publicación de esta Ley, cabe preguntarse si tal disposición será de aplicación a las SE que decidan establecerse en España.

Considero que la respuesta debe ser afirmativa, puesto que a pesar de que el legislador español, al regular el órgano de dirección del sistema dual, no recogió tal posibilidad con carácter expreso, sí estableció que, dejando a salvo lo dispuesto en el RESE, la organización del Consejo de dirección se regirá por lo establecido en los estatutos sociales y, en su defecto, por lo previsto en esta Ley para el Consejo de administración de las sociedades anónimas (artículo 483 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 331.2 del TRLSA–). A mayor abundamiento, según dispone el RESE, la SE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la

de acuerdo con lo establecido en el artículo 73 de la Ley de 1951 y en el artículo 102.h) del antiguo Reglamento del Registro Mercantil, que no era admisible la administración conjunta, incluso en el supuesto de que ésta se confiriera a dos personas, ya que estimaban que la pluralidad de administradores conjuntos implicaba la necesidad de establecer un órgano colegiado. Véase POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VI, URÍA, R., MENENDEZ, A. y OLIVENCIA, M., (directores), Civitas, Madrid, 1991, págs. 57-59.

⁸³⁶ Recordemos que, a tenor de lo previsto en el artículo 39.5 del RESE, se autoriza a los Estados miembros, que en sus ordenamientos jurídicos desconozcan el sistema dual, a adoptar las disposiciones que tengan a bien en relación con dicho sistema dual. En esta autorización prima, como elemento regulador, “el hecho de que no haya regulación nacional del sistema dual con carácter general para las sociedades anónimas nacionales”.

⁸³⁷ Lo cierto es, que el artículo 210.3 y 4 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 13.f), 57.2 y 3 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad limitada) permite que las Sociedades de Responsabilidad Limitada puedan, por vía estatutaria, establecer diversos modos de organizar la administración, de forma que sin necesidad de modificar los estatutos, la Junta de socios pueda optar alternativamente por cualquiera de los sistemas determinados estatutariamente. El acuerdo deberá hacerse constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil.

⁸³⁸ Ciertamente, el artículo 23.e) de la Ley de Sociedades de Capital ha sido modificado y, en virtud de la nueva redacción dada por el apartado dos del artículo primero de la Ley 25/2011, dispone que entre las menciones que deben de incluirse en los estatutos de cualquier sociedad de capital figurará la relativa a “el modo o modos de organizar la administración de la sociedad...”.

legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social (artículo 10 del RESE) y por tanto, dispensar un trato diverso a la SE sería discriminatorio.

En torno al Consejo de dirección surgen cuestiones diversas, puesto que al ser un órgano colegiado deberá fijarse una serie de normas relativas, tanto a su organización, como a su funcionamiento (convocatoria, constitución, forma de adoptar acuerdos, designación de cargos en su seno, posibilidad de delegación de facultades, remuneración, responsabilidad, etc.). El RESE, en la sección tercera, recoge las normas comunes a ambos sistemas de administración, haciendo referencia (salvo que el propio Reglamento o los estatutos dispongan otra cosa) a determinados aspectos relativos al quórum de constitución y toma de decisiones, así como, al voto de calidad del Presidente⁸³⁹. Sin embargo, reservaré el desarrollo de esta temática para más adelante, cuando me ocupe de las normas comunes a ambos sistemas de administración.

El legislador español, dejando a salvo lo dispuesto en el RESE sobre esta materia, que obviamente prevalecerá sobre las disposiciones nacionales, remite las cuestiones relativas a la organización, funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos del Consejo de dirección, a lo que estatutariamente se establezca y en su defecto a lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital (antigua Ley de Sociedades Anónimas) para el Consejo de administración de las sociedades anónimas (artículo 483 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 331.2. del TRLSA–). En consecuencia, se reitera la libertad que tienen los estatutos de la SE para regular el funcionamiento del Consejo de dirección, si bien, se clarifica que en defecto de disposición estatutaria será de aplicación lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital (antigua Ley de Sociedades Anónimas)⁸⁴⁰.

2. LA DELEGACIÓN DE FACULTADES DE GESTIÓN

El RESE otorga a los Estados miembros la posibilidad de establecer la figura del consejero delegado en las mismas condiciones que estén previstas para las sociedades anónimas nacionales⁸⁴¹. En los Proyectos de 1970 y 1975 se establecía simplemente la

⁸³⁹ En efecto, con carácter supletorio y siempre y cuando los estatutos no dispongan otra cosa el artículo 50.1 del RESE fija los quórums de asistencia y de toma de decisiones. Por tanto, en primer lugar se estará a lo dispuesto estatutariamente y en su defecto serán de aplicación las previsiones contenidas en el RESE. El mismo tratamiento cabe dispensar al voto de calidad del Presidente, puesto que el artículo 50.2 establece que a falta de disposición estatutaria el Presidente de cada órgano tendrá voto de calidad, con una excepción, cual es el supuesto en que la mitad de los miembros del órgano de control esté compuesta por representantes de los trabajadores, en este caso, por disposición expresa del RESE, el voto de calidad corresponderá al Presidente, no pudiéndose establecer disposición estatutaria en contra. El artículo 50.2 hay que ponerlo en relación con el artículo 42 del RESE, que determina la obligatoriedad de nombrar Presidente del órgano de control a un miembro procedente del capital, cuando la mitad de los miembros del órgano hayan sido designados por los trabajadores.

⁸⁴⁰ Por tanto, dejando a salvo lo estipulado en el RESE y a falta de disposición estatutaria será de aplicación, al Consejo de dirección de las SE que decidan establecerse en España, lo previsto en los Artículos 242 a 251 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 136 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas). Estas disposiciones recogen la regulación del Consejo de administración de las sociedades anónimas nacionales.

⁸⁴¹ Según lo dispuesto en el artículo 39.1 (una fórmula similar se contempla para el sistema monista en el artículo 43.1 del RESE). Teniendo en cuenta que el sistema dual es un sistema desconocido en el ordenamiento jurídico español, nuestro legislador podría haber adoptado las disposiciones que hubiera considerado pertinentes para las SE que se establezcan en nuestro territorio y opten por el sistema dual de administración, eso sí, con respeto a lo preceptuado en el RESE en cuanto a que el órgano de dirección, con independencia de la estructura que adopte, es el órgano que asume la responsabilidad de la gestión de la SE. Sin embargo, no ha hecho uso de la autorización genérica (artículo 39.5 del RESE), ni de la autorización específica que le permite la imposición obligatoria de la delegación (artículo 39.1 del RESE “...todo Estado miembro podrá estipular que el responsable de la administración corriente sea uno o más consejeros delegados...”), determinando que se regirá por lo previsto en los estatutos y, en su defecto, en la Ley de Sociedades de Capital para el Consejo de administración de las sociedades anónimas nacionales (artículo 483

posibilidad del reparto de funciones entre los miembros del Consejo de dirección con efectos puramente internos⁸⁴². Los Proyectos de 1989 y 1991 no hacían referencia alguna al respecto.

Ahora bien, dado que la autorización concedida por el RESE está en función de lo que se establezca al respecto para las sociedades anónimas nacionales nos podemos encontrar con Estados miembros que desconozcan la figura del consejero delegado, en cuyo caso, podría considerarse que tal habilitación no les es de aplicación. No obstante, una interpretación en sentido más amplio nos llevaría a entender aplicable esta figura a todos los Estados miembros que en sus legislaciones prevean, en alguna medida, la posibilidad de delegar, de alguna forma, las funciones de gestión que corresponden al órgano de dirección.

Sin embargo se debe tener en cuenta, al hacer uso de ésta facultad, que la autorización concedida a los Estados miembros es de carácter limitado y, en consecuencia, la regulación que se haga de estas materias debe ser coincidente con la regulación que tengan establecida para sus sociedades anónimas nacionales⁸⁴³.

En otro orden de cosas y moviéndonos dentro de la autorización otorgada, en función de lo establecido para las sociedades anónimas nacionales, resulta de interés examinar el alcance del término “administración corriente”, puesto que, en lo que se refiere a la regulación de la figura del consejero delegado, en el ordenamiento jurídico societario español, tal delegación es de carácter orgánico con las competencias propias del órgano de administración que van más allá de la administración corriente⁸⁴⁴.

Según lo previsto en la legislación española al Consejo le corresponde la administración de la sociedad en sentido amplio, y dentro de las funciones de administración encontramos las de gestión y las de representación, y a su vez, en relación con la gestión, se puede distinguir entre actos relativos a la organización de la sociedad (gestión societaria de tipo interno), y actos relativos al ejercicio de la empresa social (gestión propiamente empresarial). Pues bien, este último tipo de actos serán los delegables⁸⁴⁵ por parte del órgano colegiado de dirección en un sistema dual y siempre

en relación con el artículo 249.1 –antiguo artículo 331.2 del TRLSA en relación con el artículo 141.1 de dicho texto legal–).

⁸⁴² A tenor de lo previsto en el artículo 64.2 de los Proyectos de 1970 y 1975, se imponía la forma colegial cuando el Comité de dirección estuviera compuesto de varios miembros, pudiendo los miembros de este órgano repartirse sus atribuciones, aunque, dicho reparto sólo tenía efectos internos. Sin embargo, correspondía al Consejo de vigilancia regular la atribución de competencias en el seno del Comité de dirección en materia de personal y relaciones de trabajo.

⁸⁴³ En este sentido, ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 549, señala que “parece que el elemento relevante de la habilitación deben ser «las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas domiciliadas en su territorio», por lo que las facultades de esos «delegados» de la SE serán idénticas a las establecidas para las sociedades anónimas nacionales”.

⁸⁴⁴ En palabras de SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 551: “la circunstancia de ser calificados los órganos delegados como facultativos y subordinados no debe dejar en la sombra el hecho de que nos hallamos ante un órgano de la sociedad (no del Consejo) que está dotado de su propia competencia (fijada directamente por los estatutos o por voluntad del propio Consejo), que no priva a éste de sus facultades, ya que a pesar de la delegación de diversas facultades el Consejo conserva plenamente la tarea gestora y representativa de la sociedad, que en parte los órganos delegados podrán ejercer en paralelo”.

⁸⁴⁵ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La delegación de facultades del Consejo de administración de la sociedad anónima”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 1, 1993, págs. 101-102. Tal y como recoge MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 1763-1764: “...cabría establecer dentro de las funciones del Consejo (y aun reconociendo que se trata de una distinción, de origen suizo, de contornos ciertamente difusos) unas funciones relativas al ejercicio de la empresa social (representación y «gestión propiamente empresarial»), frente a otros actos que aluden más bien a la organización de la sociedad...la delegación de las competencias del primer grupo se suele admitir sin dificultades. No ocurre lo mismo con las llamadas facultades de «organización de la sociedad», respecto de las cuales parece que ha de patrocinarse una interpretación tendente a excluirlas de la

teniendo en cuenta la atribución de la responsabilidad de la gestión al conjunto del órgano, ya que el órgano competente de la gestión, según el RESE⁸⁴⁶, es el órgano de dirección y

delegación. Así, por ejemplo, no resultaría delegable la redacción del reglamento de régimen interior... la aceptación de la dimisión de consejeros... la presentación de ciertos informes o propuestas a la junta por parte del consejo. Así ocurre, por ejemplo, con el informe justificativo de la propuesta de modificación estatutaria, o la memoria justificativa de la exclusión del derecho de suscripción preferente; la propuesta de reducción de capital por pérdidas, o aquellos proyectos que tiendan a modificar la estructura jurídica de la empresa (aprobación del proyecto de fusión o escisión), o la solicitud de disolución de la sociedad ...”.

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, J. A., opina que una interpretación literal del artículo 249.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1, párrafo segundo del TRLSA) podría llevarnos a considerar que todas las demás facultades (no incluidas en este artículo) son delegables, si bien, dicha afirmación resulta discutible, teniendo en cuenta que según la propia Ley de Sociedades de Capital hay determinadas actuaciones que requieren la intervención directa del Consejo de administración como son: el informe que los administradores deben de redactar sobre la modificación de los estatutos sociales a fin de justificar la modificación propuesta por el propio Consejo (artículo 286 de la Ley de Sociedades de Capital – antiguo artículo 144.1.a) del TRLSA–), el informe que, igualmente, debe elaborarse por los administradores en los casos de exclusión del derecho de suscripción preferente (artículo 308.2.a) de la Ley de Sociedades de Capital – antiguo artículo 159.1.b) del TRLSA–), la propuesta de reducción de capital en caso de pérdidas (artículos 317 y 327 de la Ley de Sociedades de Capital – antiguo artículo 163 del TRLSA–), la aprobación del proyecto de fusión o de escisión (artículos 30, 73, 74 y 77 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, – antiguos artículos 234, 254, 255 y 257 del TRLSA–; debo señalar que el RDL 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, publicado en el BOE, número 66, de 17 de marzo de 2012 – convalidado por acuerdo del Congreso de los Diputados en sesión celebrada el 29 de marzo de 2012 – ha venido a modificar los artículos 32, 34, 36, 39, 40, 42, 44, 45, 50, 51, 62, 78 bis y 99 de la Ley 3/2009, de 3 de abril; el RDL 9/2012 ha sido derogado por la Ley 1/2012 de 22 de junio, aunque dicha Ley ha mantenido, prácticamente en los mismos términos, la redacción dada a los indicados artículos por el RDL que deroga), la solicitud de disolución de la sociedad (artículo 366.2 de la Ley de Sociedades de Capital – antiguo artículo 262.4. del TRLSA–). Sin embargo este autor opina, en cuanto a las denominadas «funciones de organización», que «en principio hay argumentos para apoyar la delegabilidad de esas funciones de organización, porque no se establece en el artículo 141.1 (actual artículo 249.2 de la Ley de Sociedades de Capital) un régimen especial o distinto para esas funciones que corresponden al Consejo de las demás funciones delegables», aunque también se hace eco de los peligros que la interpretación que propone pueden conllevar «puesto que los delegados podrían asumir funciones que pueden dar lugar a problemas graves para la sociedad», a pesar de lo cual, considera que «también es cierto que algunas de éstas sí las podrían asumir los delegados y otras no», concretando que no serían delegables las facultades de autorregulación que tiene el Consejo, así como la posibilidad de que los delegados nombren, a su vez, delegados, pero sí podría delegarse, bien por disposición estatutaria, o bien por decisión del Consejo, «la facultad de convocar la Junta general en un Consejo delegado o en alguno de los miembros del Consejo a título individual (por ejemplo, el Presidente), ya que de quererlo, el legislador habría excluido expresamente la facultad de convocatoria de la Junta del conjunto de facultades delegables», y concluye diciendo que las denominadas funciones de organización serían delegables en tanto en cuanto no afecten al «correcto, eficaz y deseable funcionamiento de la sociedad, ya que ateniéndonos a la finalidad de la delegación, lo que se pretende es facilitar el funcionamiento y conseguir una gestión eficaz y eficiente, con lo que deberemos estar a la especialidad de cada supuesto en concreto, y no establecer vía interpretativa, una prohibición total de delegación en este caso». Véase ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, J. A., “La delegación de facultades por el Consejo de administración en la Sociedad Anónima”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1830-1832.

En relación con las SE que decidan establecerse en España habrá que tener en cuenta, además, que tanto el RESE como nuestra Ley de Sociedades de Capital requieren que, tanto en el supuesto de traslado del domicilio social de una SE, como en los procesos de constitución de una SE por fusión, *holding* y transformación, el órgano de dirección o administración redacte determinados informes relativos al proceso que se va a llevar a cabo (artículos 8, 20, 32 y 37 del RESE y artículos 471 y 474 de la Ley de Sociedades de Capital).

⁸⁴⁶ A tenor de lo dispuesto en el artículo 39.1, primera frase. Resulta, cuanto menos, curiosa la forma en que está redactado este artículo, ya que establece que el órgano de dirección «será responsable», en lugar de emplear otros términos como «se encargara de la gestión», cabe pensar que lo que el RESE quiere hacer es poner un especial énfasis en el hecho de que este órgano es directamente el que tiene las funciones de gestión por contraposición al órgano de vigilancia al que le competen funciones de supervisión, pero nunca de gestión directa. No obstante, a priori puede resultar chocante que, en el sistema dual, el RESE contemple la delegación de facultades en el seno del Consejo de dirección, puesto que la existencia de un Consejo de control,

como tal, cualquiera que sea su composición y estructura, es el que asume esa responsabilidad⁸⁴⁷.

Examinando detalladamente la redacción del artículo 39.1 del RESE que comienza atribuyendo al órgano de dirección las facultades de gestión de la SE y el relevante papel que otorga la autorización que contiene a las legislaciones nacionales, al recoger el término “en las mismas condiciones”, entiendo que prevalece este elemento en la habilitación otorgada. No obstante, debo puntualizar que el legislador español, teniendo en cuenta que la Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital) no regulaba el sistema dual, podía, en virtud de la habilitación general concedida por el RESE, haber adoptado las medidas que hubiera considerado oportunas en esta materia, por lo que respecta a las SE domiciliadas en territorio español⁸⁴⁸, respetando siempre el principio contenido en el RESE en cuanto a que el órgano de dirección, con independencia de su composición y estructura, es el órgano competente para la administración de la sociedad⁸⁴⁹ y, en consecuencia, es el órgano que asume la responsabilidad por las funciones desempeñadas, con independencia de la delegación de facultades que, en su caso, se confieran a alguno o algunos de sus miembros. Las disposiciones así adoptadas hubieran pasado a formar parte de las normas nacionales complementarias adoptadas para las SE domiciliadas en España, a tenor de lo previsto por el sistema de fuentes del RESE⁸⁵⁰.

Sentado el principio de la atribución de la competencia de gestión al órgano de dirección⁸⁵¹, en el caso de que un Estado miembro, cuyo ordenamiento jurídico desconozca el sistema dual, no hiciera uso de la autorización genérica que a estos efectos concede el RESE, habría que integrar la laguna mediante la aplicación analógica de lo que se pudiera prever como norma nacional complementaria en el sistema monista para las SE

encargado de la vigilancia de la gestión permitirá al órgano de dirección dedicarse a funciones puramente directivas; sin embargo tal posibilidad puede resultar de utilidad en función de las características particulares de cada SE. En todo caso, en un sistema de administración dual con delegación de facultades de gestión por parte del Consejo de dirección, nos encontraremos con un doble control de la gestión: el interno que corresponderá al pleno del Consejo de dirección y el externo que se ejercerá por el Consejo de control.

⁸⁴⁷ Véase, en este sentido, ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 549.

⁸⁴⁸ Ciertamente, el artículo 39.5 contiene una autorización genérica para que aquellos Estados miembros que en su regulación societaria desconozcan el sistema dual, puedan adoptar las medidas pertinentes para la regulación de dicho sistema, a efectos de garantizar a las SE, que decidan establecerse en su territorio, la libre opción por cualquiera de los dos sistemas de administración recogidos en el RESE. Tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 550, “...para los Estados miembros que carecen de normativa sobre el sistema dual no actúa como límite lo previsto en la frase segunda del artículo 39.1 (el régimen de las sociedades anónimas nacionales), teniendo los Estados miembros libertad para configurar como estimen oportuno esas mencionadas posibilidades (en sus distintos aspectos organizativos, subjetivos y objetivos), siempre que respeten el principio básico de la atribución de la gestión al pleno del órgano”.

⁸⁴⁹ En efecto el artículo 39.1. establece que el responsable directo de la gestión de la SE será el órgano de dirección. Pero lo cierto es que el legislador español, en materia de delegación, se remite a lo previsto estatutariamente y en su defecto a lo establecido para el Consejo de administración de las sociedades anónimas nacionales (artículo 483 de la Ley de Sociedades de Capital; antiguo artículo 331.2. del TRLSA); por tanto tendrá carácter facultativo y estará en función de lo que estatutariamente se disponga (los estatutos podrán imponer la delegación, autorizarla, prohibirla, guardar silencio al respecto, o autorizar a la Junta para la creación de órganos delegados), si los estatutos lo autorizan o guardan silencio será el Consejo el que decidirá sobre la delegación, puesto que, dicha facultad le corresponde *ex lege* y, además, salvo que los estatutos indiquen lo contrario es una competencia que le corresponde con carácter exclusivo y excluyente.

⁸⁵⁰ Según el sistema de fuentes recogido en el RESE –artículo 9.1.c) i)– las materias no reguladas por el Reglamento o, si se trata de materias reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos, se regirán en primer término por las disposiciones que los legisladores nacionales adopten expresamente para la regulación de las SE, dichas disposiciones pasaran a formar parte del ordenamiento jurídico societario nacional.

⁸⁵¹ Recordemos que el artículo 39.1 del RESE comienza diciendo que “el órgano de dirección será responsable de la gestión de la SE”.

domiciliadas en el territorio⁸⁵² o, en su defecto, de las normas nacionales sobre las sociedades anónimas en la materia⁸⁵³.

El legislador español no ha hecho uso, a estos efectos, de la autorización genérica que le concede el RESE, ni de la autorización que le permite imponer un sistema de delegación obligatoria, dando prioridad⁸⁵⁴, en cuanto a la organización, funcionamiento y adopción de acuerdos del Consejo de dirección, a lo que estatutariamente se establezca al respecto⁸⁵⁵. Sólo en defecto de previsión estatutaria deberá aplicarse lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital (antigua Ley de Sociedades Anónimas) para el Consejo de administración⁸⁵⁶.

⁸⁵² El RESE, al contemplar el órgano de administración del sistema monista (artículo 43.1, segunda frase), contiene una disposición similar a la prevista para el órgano de dirección (artículo 39.1), en virtud de la cual faculta (al igual que lo hace para el órgano de dirección del sistema dual) a los Estados miembros para establecer la figura del Consejero delegado, en las mismas condiciones que estén previstas para las sociedades anónimas nacionales. Por lo tanto, si la figura estuviera prevista para el órgano de administración de este sistema monista, sería de aplicación al órgano de dirección del sistema dual, por analogía. El legislador español se ha limitado, en lo referente a la regulación del órgano de administración del sistema monista, a remitirse a lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para los administradores de las sociedades anónimas (artículo 477 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 328 del TRLSA–) y en cuanto a la organización y funcionamiento del Consejo de dirección a lo establecido en los estatutos sociales y, en su defecto, a lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para el Consejo de administración de las sociedades anónimas nacionales. En consecuencia, será de aplicación al Consejo de dirección de las SE que decidan establecerse en España, lo previsto en el artículo 249.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1 del TRLSA).

⁸⁵³ ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 552. Por tanto, según el profesor Esteban Velasco, el espacio regulador de los estatutos en esta materia dependerá de cada Derecho nacional.

⁸⁵⁴ A tenor de lo estipulado por el artículo 483 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 331.2 del TRLSA), “salvo lo dispuesto en el Reglamento (CE) nº 2157/2001, «la organización, funcionamiento» y régimen de adopción de acuerdos del Consejo de dirección se regirá por lo establecido en los estatutos sociales y, en su defecto, por lo previsto en esta Ley para el Consejo de administración de las sociedades anónimas”.

⁸⁵⁵ De esta manera se podrá establecer, en función de las necesidades de una determinada SE, la existencia de consejeros delegados o de Comisiones ejecutivas siempre que se delimiten las competencias del órgano delegado. Cabe diferenciar, por tanto, entre la estructura del órgano delegado, que va a concretar su composición como órgano unipersonal o pluripersonal (con su configuración o no como órgano colegial) y la designación de los miembros que van a ser titulares de dichos órganos delegados. La configuración de los órganos delegados puede venir determinada por los estatutos sociales, pero la designación de las personas que han de ser titulares de los órganos delegados será competencia del Consejo de dirección que deberá de efectuar la elección entre los miembros de dicho Consejo de dirección.

⁸⁵⁶ A la regulación del Consejo de administración se dedican los artículos 242 a 251 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 136 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas). Concretamente el artículo 249.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1 párrafo primero de la Ley de Sociedades Anónimas), contempla un sistema de delegación potestativa por la que, cuando los estatutos no dispongan otra cosa, el Consejo de dirección podrá designar una Comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona. Será el propio Consejo de dirección el que determine el número de órganos delegados y consejeros que deben integrarlo en función de sus necesidades, atendiendo a los requisitos establecidos en la Ley de Sociedades de Capital en torno al acuerdo de delegación. En el caso de delegación permanente de alguna facultad del Consejo, la ley exige una mayoría reforzada (voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo) y la inscripción del correspondiente acuerdo en el Registro Mercantil (artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo 141.2. de la Ley de Sociedades Anónimas). CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., pág. 298.

Conviene recordar que, de acuerdo con lo preceptuado en nuestra Ley de Sociedades de Capital, la delegación solo será posible en el caso de que la administración de la sociedad se haya conferido a un Consejo, por lo tanto, en las demás modalidades de configuración del órgano de administración se podrá recurrir al mecanismo de la representación voluntaria, nombrando, incluso, apoderados generales, pero la delegación queda reservada exclusivamente al Consejo. Véase POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 467-471; MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 1752;

Por lo tanto, en relación con el Consejo de dirección, los estatutos sociales podrán o no contemplar un sistema de delegación de facultades de gestión en función de las necesidades de cada SE, pero en todo caso la existencia de un órgano de control en el sistema dual, con funciones supervisoras de la gestión encomendada al órgano de dirección, condicionará, tanto la figura del órgano u órganos delegados, como las facultades delegadas (que obviamente serán puramente directivas), por lo que, realmente y a pesar de la remisión que se efectúa, en defecto de disposición estatutaria, a lo previsto para el Consejo de administración de las sociedades anónimas⁸⁵⁷, debo concluir diciendo que el perfil de la figura del órgano u órganos delegados que recoge el RESE para los sistemas duales, no es idéntico al de la figura que contempla la legislación española (para el sistema monista)⁸⁵⁸, por lo que, en todo caso, habrá que adaptar las disposiciones contenidas sobre esta materia en la Ley de Sociedades de Capital a las funciones propias del órgano de dirección en los sistemas duales.

A tenor de lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil el acuerdo de delegación deberá de contener, bien la enumeración particularizada de las facultades que se delegan, bien la expresión de que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables. En el supuesto de que se nombren varios consejeros delegados deberá indicarse que facultades se ejercerán solidariamente y cuáles en forma mancomunada o, en su caso, si todas las facultades que se delegan deben ejercerse en una u otra forma⁸⁵⁹. La Ley de

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, J.A., “La delegación de facultades por el Consejo de administración en la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 1822.

⁸⁵⁷ Según lo dispuesto en el artículo 483 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo 331.2 del TRLSA). Recordemos que el legislador español no ha hecho uso ni de la autorización genérica contenida en el artículo 39.5 del RESE que le permitía adoptar las medidas que considerara oportunas para la regulación del sistema dual (por ser éste sistema desconocido en el ordenamiento jurídico societario español), ni de la autorización específica que le permitía imponer un sistema de delegación obligatoria (artículo 39.1 del RESE) y que simplemente se ha limitado a remitirse a las previsiones estatutarias y en su defecto a lo establecido en nuestra Ley de Sociedades de Capital para el Consejo de administración de las sociedades anónimas nacionales.

⁸⁵⁸ Esta misma opinión se expresa en: ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 184. Además, tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., págs. 551-552, “...de la atribución de la responsabilidad de la gestión al conjunto del órgano se derivan límites inmanentes al reparto de tareas o a la delegabilidad de funciones: permanecen como competencias intransferibles a otros miembros del órgano no sólo las que la Ley o los estatutos atribuyan al órgano como tareas específicas (entre ellas p.ej., dirección de la contabilidad, formulación de las cuentas anuales, convocatoria de la Junta general, preparación de información documental relacionada con la adopción de modificaciones estatutarias y estructurales, etc.), sino también las relacionadas con la planificación, coordinación, control de la empresa y designación de los puestos de alta dirección, y, en caso de distribución de tareas entre los miembros, cada miembro no es responsable sólo de las tareas encomendadas, sino que es corresponsable por la dirección conjunta de la empresa, que incumbe al órgano en tanto para todo miembro surge una obligación general de vigilancia o, lo que es equivalente, una obligación del órgano de autocontrol. Lógicamente, en el supuesto de «delegación» de determinadas tareas en otros empleados de la sociedad (altos directivos) la responsabilidad de control sobre esa actividad encomendada recaerá en el propio órgano de dirección”.

⁸⁵⁹ Así viene establecido en los artículos 124.2. d), párrafo segundo y 149.1. del Reglamento del Registro Mercantil. Tal y como recoge SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 556: “pueden existir dos Consejeros delegados con facultades separadas, bien porque ambos tengan las mismas atribuciones y puedan ejercitarlas de forma indistinta, o bien porque se atribuya a cada uno de ellos funciones diversas (v. gr. uno en el campo industrial y el otro en el comercial) la forma de actuación de los Consejeros delegados, tanto sea de forma individual o conjunta, habrá de determinarse por los estatutos o, en su defecto, por el Consejo de administración. El artículo 124.2, en el párrafo segundo de su letra d) establece, según sabemos, que «cuando el Consejo, mediante acuerdo de delegación, nombre uno o varios consejeros delegados, se indicara el régimen e actuación». El artículo 149.1 nos dice que la inscripción de un acuerdo del Consejo de administración relativo a la delegación de facultades en una Comisión ejecutiva o en varios Consejeros delegados y al nombramiento de estos últimos, deberá contener bien la enumeración

Sociedades de Capital prohíbe que se delegue la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta general⁸⁶⁰, así como, las facultades que la Junta conceda al Consejo, salvo que fuera expresamente autorizado por ella⁸⁶¹.

particularizada de las facultades que se delegan, bien la expresión de que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables. En el supuesto de que se nombren varios Consejeros delegados, debe indicarse qué facultades se ejercerán solidariamente y cuáles en forma mancomunada o, en su caso, si todas las facultades que se delegan deben ejercerse en una u otra forma”.

⁸⁶⁰ En relación con esta prohibición ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYNS, J. A., “La delegación de facultades por el Consejo de administración en la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 1828, dice: “...esta indelegabilidad, en opinión unánime de la doctrina, viene justificada por la querencia del legislador a que exista subordinación del órgano de administración debido a que hay determinadas funciones consideradas como constitucionales de la sociedad, que de permitirse su delegación, dejarán totalmente vacío de competencias este órgano, por un lado, y también se evitará, por otro, la posible elusión por parte del Consejo de su responsabilidad a través de esta delegación, ya que no se puede romper la correlación que existe entre responsabilidad y poder”; MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 1762, señala: “ninguna duda plantea la justificación de esta limitación, por el carácter en buena medida básico que asume la rendición de cuentas en el marco de la censura de la gestión social por parte de los accionistas. Por tanto, se trata de que el Consejo en pleno asuma y se responsabilice de la situación patrimonial de la empresa que deriva de las cuentas. Se trata además, de una prohibición absoluta para la que no se contempla excepción alguna”; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 561, recoge: “la Ley se preocupa de imponer a los administradores el deber de formular dentro de un determinado plazo las cuentas anuales y los documentos complementarios. La base de este deber se encuentra en otro genérico más importante, cual es que corresponde a los administradores el cuidado del patrimonio social, cuyo control se lleva por medio de la contabilidad... la Ley quiere que éstos vigilen y conozcan estas cuentas y que las aprueben... la Ley pretende implicar personalmente, de forma más nítida a cada vocal del Consejo, ya que obliga a cada uno de los administradores a firmar las cuentas, y si no quiere hacerlo deberá expresarse su causa... Todo lo cual implica que no se considera suficiente en este punto la regla de la responsabilidad solidaria de los miembros del Consejo de administración, pues se completa con el deber de manifestar individualmente y por escrito que cada administrador participa en la formulación de las cuentas”.

⁸⁶¹ Según lo dispuesto en el artículo 249.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1., segundo párrafo del TRLSA). Respecto a las facultades concedidas al Consejo por la Junta general véase el artículo 297.1. b) de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 153.1.b) de la Ley de Sociedades Anónimas) en cuanto a la delegación en los administradores a efectos de ejecución del aumento de capital. En este mismo sentido, y por lo que respecta a la delegación de facultades a los administradores para la emisión de obligaciones, véase el artículo 319 del Reglamento del Registro Mercantil. Tal y como recogen BOQUERA MATARREDONA, J. y LATORRE CHINER, N., “Distribución y conflictos de competencias en la sociedad anónima no cotizada”, *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, EMBID IRUJO, J. M., (coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 90: “hay que entender que las competencias legales de la Junta general no son delegables y que respecto de las atribuidas estatutariamente a la Junta, carece de sentido hablar de delegación, pues la finalidad de ésta fue otorgarle una competencia de la que carecía. Consideramos congruente que sólo se puedan conceder al Consejo las facultades de la Junta general cuya delegación está legalmente prevista, como son la ejecución del aumento de capital (artículo 153.1.b) de la Ley de Sociedades Anónimas –actual artículo 297.1.b) de la Ley de Sociedades de Capital–) y las facultades en materia de emisión de obligaciones (artículo 319 del Reglamento del Registro Mercantil). La delegación de estas facultades por parte de la Junta general y la autorización o denegación al Consejo de administración de la facultad de delegar puede realizarse mediante acuerdo de la Junta general pero no existe problema en admitir que una cláusula estatutaria otorgue las mismas facultades”. En este mismo sentido MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 1762, señala: “no parece, que la Junta pueda desprenderse de sus facultades para delegarlas en los administradores, por lo que, en ausencia de ulteriores indicaciones, ha de entenderse, con la mejor doctrina, que tan sólo cabe la referida delegación cuando la Ley o los estatutos (según fuente de atribución de la respectiva competencia) hayan previsto que se puedan confiar al Consejo... Lo anterior conduce a no admitir otras facultades atribuibles por la Junta al Consejo que las legalmente previstas (como la delegación en la ejecución del aumento de capital... o el supuesto de capital autorizado... o las funciones en materia de emisión de obligaciones...”; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYNS, J. A., “La delegación de facultades por el Consejo de administración en la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 1829-1830, dice que en todo caso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.2 del Reglamento del Registro Mercantil, “las facultades concedidas con el carácter de delegables por la Junta general al Consejo sólo podrán delegarse por éste si se enumeran expresamente en el acuerdo de delegación”.

En cuanto al régimen de nombramiento y revocación de los Consejeros delegados, en virtud de lo estipulado en el RESE, los Estados miembros que no tengan previsto en su ordenamiento jurídico la administración dual, podrán adoptar al respecto las medidas que consideren pertinentes⁸⁶². El legislador español, como ya he indicado anteriormente, establece que la organización y funcionamiento del Consejo de dirección se regirá por lo establecido en los estatutos sociales y en su defecto, por lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para el Consejo de administración⁸⁶³. En consecuencia, según lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital⁸⁶⁴ y siempre y cuando los estatutos no determinen otra cosa, la configuración de los órganos delegados corresponderá al Consejo de dirección, siendo éste el órgano competente para el nombramiento de las personas titulares de los órganos delegados⁸⁶⁵. En cuanto al cese, éste puede producirse como consecuencia de que el titular deje de ser miembro del órgano de dirección (puesto que se requiere tal condición para ser nombrado delegado) o bien puede cesar simplemente como consejero delegado, conservando su condición de miembro del Consejo de dirección. El cese en su condición de delegado puede ser motivado por causas diversas (porque se modifique o suprima la configuración de los órganos delegados, por revocación de dicha condición, por acuerdo del Consejo de dirección, por dimisión o renuncia, por cumplimiento del plazo)⁸⁶⁶.

⁸⁶² Tal y como ya he indicado en repetidas ocasiones el artículo 39.5 del RESE contiene una autorización genérica que permite a los Estados miembros, que desconozcan en sus ordenamientos jurídico-societarios el sistema dual, adoptar las disposiciones pertinentes para la regulación del mismo, en orden a garantizar que las SE que decidan establecerse en su territorio puedan optar por cualquiera de los dos sistemas de administración (monista o dual).

⁸⁶³ De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 483 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 331.2 del TRLSA), la organización, funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos del Consejo de dirección de las SE que decidan establecerse en España se regirá, dejando a salvo lo previsto en el RESE, por las disposiciones estatutarias y en su defecto, por lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital para el Consejo de administración de las sociedades anónimas.

⁸⁶⁴ Según lo preceptuado en el artículo 249.1 (antiguo artículo 141.1 del TRLSA) a falta de disposición estatutaria el Consejo “podrá designar de su seno una Comisión ejecutiva o uno o más delegados”.

⁸⁶⁵ Hay que tener en cuenta que, a tenor de lo previsto en el artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.2 del TRLSA), para la validez del acuerdo de delegación permanente se requiere el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo (los dos tercios de los votos se computan sobre la totalidad de los componentes del Consejo) y además la inscripción en el Registro Mercantil de dicho acuerdo tiene carácter constitutivo, puesto que, el citado artículo dice que tales nombramientos no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil. En cuanto a las personas que pueden ocupar tales cargos cabe señalar en primer lugar, que deben ser consejeros (exigencia que se desprende, claramente del artículo 249.1 –antiguo artículo 141.1 del TRLSA–), pudiendo designarse incluso a personas jurídicas, si bien, obviamente, deberán de estar representadas por una persona física que debería de ser la misma que representa a la persona jurídica miembro en el Consejo de administración. Por último, cabe plantearse la posibilidad de aplicar el sistema de representación proporcional de las minorías previsto para el Consejo, en el nombramiento de los miembros de la Comisión ejecutiva; en este sentido, la doctrina se muestra contraria debido al carácter excepcional de la norma, por lo que, en consecuencia, no cabe la aplicación analógica al supuesto planteado. Por lo que respecta a la revocación, se producirá generalmente (con excepción de los supuestos en que por disposición estatutaria, la designación de los delegados corresponda a la Junta) por acuerdo del Consejo de administración adoptado de forma ordinaria (no serían exigibles las mayorías reforzadas que se exigen para el nombramiento); también debemos contemplar los supuestos de cese (bien por cumplimiento del plazo o pérdida del carácter de consejero), dimisión, y renuncia. Véase MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 1758-1761; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYNS, J. A., “La delegación de facultades por el Consejo de administración en la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 1836-1841.

⁸⁶⁶ Para una mayor información sobre el nombramiento, aceptación del cargo, inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, cese e inscripción de dicho cese en el Registro Mercantil, puede consultarse SÁNCHEZ CALERO, F., ., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 566-575; MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 1758-1761; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYNS, J. A., “La delegación de facultades por el Consejo de administración en la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 1836-1841.

Otra cuestión que puede plantearse es la relativa a las formas de organización de estos órganos delegados, puesto que el RESE sólo hace referencia a “uno o más consejeros delegados”, por lo que se plantea la duda de si podrá efectuarse la delegación en una Comisión ejecutiva. En principio nuestra legislación admite tal posibilidad y, a mayor abundamiento, la habilitación otorgada por el RESE es “en las mismas condiciones” establecidas para las sociedades anónimas nacionales, por tanto, no veo inconveniente alguno para la delegación de funciones en uno, varios Consejeros delegados o en una Comisión ejecutiva.

Por último, no puedo dejar de mencionar el efecto que, en principio, puede producir el hecho de que se regule la posibilidad de la delegación de facultades en un sistema dual: a primera vista parece que en este supuesto nos encontraríamos con dos estratos en el control de la gestión llevada a cabo por los Consejeros delegados, por una parte, el del órgano de dirección⁸⁶⁷ y, por otra, el que sobre el órgano de gestión tiene encomendado el órgano de control⁸⁶⁸. Lo cierto es que dada la complejidad que puede presentar la administración de sociedades de gran tamaño, no es de extrañar una organización de este tipo en la distribución de las funciones y tareas a realizar. De hecho, en mi práctica profesional he conocido estatutos de sociedades anónimas (por supuesto con un sistema monista de administración) cuya administración era encomendada a un Consejo de administración y a una Comisión ejecutiva, pero además, se contemplaba la posibilidad de la delegación de facultades con carácter general y permanente. Por lo tanto, podían coexistir Consejo de administración, Comisión ejecutiva y consejero delegado.

En todo caso, debe considerarse que en el sistema dual la existencia de un Consejo de control, cuya función es la supervisión de la gestión, va a permitir que el Consejo de dirección asuma, dependiendo de las características particulares de la SE, funciones puramente directivas, circunstancia que puede reducir la necesidad de crear órganos delegados que asuman funciones de gestión. En otro caso, existirá un doble sistema de control de la gestión: interno y externo⁸⁶⁹.

3. REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD (DELEGACIÓN)

A tenor de lo anteriormente expuesto surge el tema del poder de representación de la sociedad en relación con los Consejeros delegados, el RESE guarda silencio al respecto, pero contando con la introducción de la Directiva 68/51/CEE, el poder de estos Consejeros delegados tendría carácter orgánico y las limitaciones estatutarias o derivadas de los

⁸⁶⁷ Se trataría de un control interno del propio órgano de dirección sobre las actuaciones de los delegados. A pesar de que, a tenor de lo previsto en el RESE (artículo 39.1), el órgano de dirección, con independencia de su composición y estructura, es el órgano competente para la administración de la sociedad y, en consecuencia, es el órgano que asume la responsabilidad por las funciones desempeñadas, con independencia de la delegación de facultades que, en su caso, se confieran a alguno o algunos de sus miembros, lo cierto es que si se crean unos órganos delegados se produce una alteración en la estructura del órgano de dirección, desplazándose la gestión social (el RESE hace referencia a la administración corriente) a los órganos delegados y aún cuando el órgano delegante conserve todas sus facultades, sus funciones quedarán limitadas a marcar las directrices generales de la gestión, a la vigilancia de la misma y a la aprobación de sus decisiones.

⁸⁶⁸ Se trataría de un control externo que se llevaría a cabo por el órgano de control. En el sistema dual se da una clara separación de funciones, de forma que el órgano de vigilancia no puede intervenir directamente en la gestión de la sociedad, su participación en la administración social se manifiesta mediante la facultad de nombramiento y revocación de los miembros del órgano de dirección, la autorización de determinadas operaciones de especial trascendencia y las funciones de vigilancia que tiene especialmente encomendadas (artículos 39.2, 41, 48 del RESE).

⁸⁶⁹ CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., págs., 297-298.

acuerdos de otros órganos serían ineficaces frente a terceros de buena fe⁸⁷⁰. Ahora bien, según lo dispuesto en el RESE⁸⁷¹, la posición jurídica de estos Consejeros delegados será la que se establezca en las correspondientes legislaciones nacionales para sus sociedades anónimas.

En el caso español, al carecer nuestro ordenamiento jurídico de regulación específica del sistema dual, la habilitación general concedida por el RESE⁸⁷² permite al legislador adoptar las disposiciones pertinentes, y el legislador nacional, al regular el sistema dual ha previsto, en cuanto a la representación de la SE, que tal facultad corresponde a la Dirección⁸⁷³ y que, la titularidad y el ámbito de poder de representación de los directores se regirán conforme a lo dispuesto para los administradores en la Ley de Sociedades de Capital⁸⁷⁴ y que, la organización y funcionamiento del Consejo de dirección se regirá por lo establecido en los estatutos sociales y, en su defecto, por lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para el Consejo de administración⁸⁷⁵.

En consecuencia, y a tenor de lo previsto, tanto en nuestra Ley de Sociedades de Capital, como en el Reglamento del Registro Mercantil, los órganos delegados, para poder

⁸⁷⁰ ESTEBAN VELASCO, G., “Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea”, *Revista de Estudios Europeos*, número 29, septiembre-diciembre 2001, pág. 71.

⁸⁷¹ Del tenor literal del artículo 39.1 del RESE se desprende que en la habilitación en él contenida, para el establecimiento de los órganos delegados, prevalece como elemento regulador el término “en las mismas condiciones” establecidas para las sociedades anónimas nacionales. Sin embargo, cuando no existe regulación para las sociedades anónimas nacionales (tal y como sucede en España, donde no está regulado el sistema dual de administración), nada impide que se adopten, en relación con las SE, las medidas que se consideren oportunas en torno a la regulación de los diversos aspectos jurídicos del régimen de delegación de facultades del órgano de dirección; ahora bien, ambas regulaciones deberán ser acordes en el supuesto de que ya se regulara el sistema dual para las sociedades anónimas nacionales.

⁸⁷² En efecto, el artículo 39.5. del RESE contiene una habilitación genérica en virtud de la cual los Estados miembros que desconozcan en su ordenamiento jurídico el sistema dual podrán adoptar las medidas pertinentes en orden a garantizar, a las SE que decidan establecerse en su territorio, el ejercicio de la opción estatutaria por cualquiera de los dos sistemas de administración recogidos en el RESE, sistema monista o dual.

⁸⁷³ Lo cierto es que el artículo 479.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 330.1 del TRLSA) establece que “la gestión y la representación de la sociedad corresponden a la Dirección”. En este sentido, nuestra Ley de Sociedades de Capital (artículo 233.1 –antiguo artículo 128 del TRLSA–) dispone que el poder de representación corresponde a los administradores en la forma determinada en los estatutos.

⁸⁷⁴ Véase el artículo 479.3 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con los artículos 233 y 234 de dicho texto legal (antiguo artículo 330.3 en relación con los artículos 128 y 129 del TRLSA). El artículo 233.2. d) de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 124.2. d) del Reglamento del Registro Mercantil tras establecer que el poder de representación corresponde al propio Consejo y que los estatutos pueden atribuir, además, el poder de representación a uno o varios consejeros a título individual o conjunto, indica que el Consejo mediante acuerdo de delegación puede designar a una Comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados y, en tal caso, se “indicara el régimen de su actuación”, de lo cual parece deducirse que los órganos delegados, para poder ejercitar sus funciones, serán titulares del poder de representación, pero lo cierto es que no precisa la forma en que se confiere ese poder, por lo que debemos acudir a lo previsto en el artículo 149.1 del Reglamento del Registro Mercantil que dice “que en el supuesto de que se nombren varios consejeros delegados deberá indicarse qué facultades se ejercerán solidariamente y cuáles en forma mancomunada o, en su caso, si todas las facultades que se delegan deberán ejercerse de una u otra forma”. Por consiguiente, la titularidad del poder de representación dependerá, en definitiva, de los términos del acuerdo de delegación. Véase, en relación con la delegabilidad de las funciones de representación, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La delegación de facultades del Consejo de administración de la sociedad anónima”, ya cit., págs. 102-105; SÁNCHEZ CALERO, F. *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 565-566; MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 1764-1765; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, J. A., “La delegación de facultades por el Consejo de administración en la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 1832-1833.

⁸⁷⁵ Según lo previsto en el artículo 483 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el artículo 249.1 de dicho texto legal (antiguo artículo 331.2 en relación con el artículo 141.1 *in fine* del TRLSA). En consecuencia, salvo disposición estatutaria en contra, el Consejo de dirección podrá designar en su seno una Comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona.

ejercitar sus funciones, serán titulares del poder de representación en los términos recogidos en el acuerdo de delegación. Por tanto, si sólo existe un consejero delegado corresponderá a éste la titularidad de la representación; si existen varios consejeros delegados, el acuerdo de delegación deberá de indicar si el poder de representación se ejercerá de forma conjunta o solidaria o, en su caso, que facultades se ejercitaran de una u otra forma; si existe una Comisión ejecutiva debe de entenderse que el poder de representación deberá de ejercitarse de forma colegiada.

El ámbito del poder de representación de los delegados será el determinado en la Ley de Sociedades de Capital en relación con los administradores⁸⁷⁶ y, por tanto, se extenderá a todos los actos comprendidos dentro del objeto social⁸⁷⁷, siendo ineficaz frente a terceros de buena fe cualquier limitación a dichas facultades, aunque estuviera inscrita en el Registro Mercantil y quedando obligada la sociedad frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social⁸⁷⁸.

⁸⁷⁶ A tenor de lo dispuesto en el artículo 149.3 del Reglamento del Registro Mercantil. Este artículo remite, en cuanto al ámbito del poder de representación de los órganos delegados, a lo previsto en el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 129 del TRLSA) para los administradores. Por tanto, “el ámbito del poder de representación de los delegados se configura con un contenido legal típico e inderogable, extendiéndose a todos los actos comprendidos dentro del objeto social delimitado en los estatutos sociales, quedando obligada la sociedad frente a terceros de buena fe incluso aunque el acto no se halle comprendido en el objeto. Las limitaciones al poder de representación, que son posibles, tendrán sin embargo eficacia meramente interna, siendo inoponibles por tanto, a terceros”. MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 1765; “...queda claro que la amplitud de los poderes que tienen los órganos delegados del Consejo no depende de la voluntad de éste, ni tampoco de las facultades delegadas, sino que se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos, quedando obligada también la sociedad frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social. Las eventuales limitaciones establecidas en los estatutos respecto al ámbito del poder de los órganos delegados o las fijadas por el propio Consejo, tendrán una eficacia puramente interna, siendo inoponibles a los terceros”. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 566.

⁸⁷⁷ Según la doctrina jurisprudencial de la DGRN, en el ámbito del poder de representación de los administradores se incluirían no sólo los actos de desarrollo y ejecución del objeto, ya sea de forma directa o indirecta, y los complementarios o auxiliares para ello, sino también los neutros o polivalentes y los aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos únicamente los claramente contrarios a él, es decir, los contradictorios o denegatorios del mismo. Véase la RDGRN de 10 de mayo de 1999 (RJ 1999/3256 de Aranzadi), publicada en el BOE, número 138, de 10 de junio de 1999, que en los fundamentos de derecho recoge que el tema ha sido ya zanjado por la jurisprudencia “al reiterar: a) que el objeto social ha de estar determinado, pero esta determinación no limita la capacidad de la sociedad, sino sólo de las facultades representativas de los administradores; b) la ineficacia frente a terceros de cualquier limitación de dichas facultades siempre que se trate de asuntos o actos comprendidos dentro de dicho objeto social; c) que están incluidos en el ámbito de poder de representación de los administradores, no sólo los actos de desarrollo y ejecución del objeto ya sea de forma directa o indirecta y los complementarios o auxiliares para ello, sino también los neutros o polivalentes y los aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos únicamente los claramente contrarios a él, es decir, los contradictorios o denegatorios del mismo” y STS de 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7933 de Aranzadi), que en su fundamento de derecho quinto señala “...en modo alguno poseen legitimación para atacar los negocios jurídicos llevados a cabo por el administrador en uso de sus poderes... El derecho societario sería un verdadero caos si se aceptase lo contrario olvidando los efectos de toda actuación representativa en su ámbito”.

⁸⁷⁸ Efectivamente, el artículo 479.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 330.2 del TRLSA) recoge, también, la ineficacia frente a terceros de cualquier limitación a las facultades de los directores de las SE, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, y el artículo 489 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 334 del TRLSA) declara que, incluso cuando determinadas operaciones deban de ser sometidas a la autorización previa del Consejo de control, la falta de autorización previa será inoponible a terceros, salvo que la sociedad pruebe que el tercero hubiera actuado en fraude o con mala fe en perjuicio de la sociedad.

4. EL COMITÉ DE AUDITORÍA DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EUROPEAS COTIZADAS

Según La Ley de Mercado de Valores, las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores deberán tener un Comité de auditoría⁸⁷⁹. Esta disposición, a tenor de lo previsto en el RESE⁸⁸⁰, será de aplicación a las SE que reúnan dichas condiciones y decidan establecer su domicilio en España.

La Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, no hace referencia alguna a este Comité, si bien, teniendo en cuenta, tanto su composición cualitativa⁸⁸¹, como sus funciones⁸⁸², parece que lo más coherente, en un sistema dual, será su integración en el Consejo de control.

⁸⁷⁹ Así se establece en la disposición adicional decimoctava. Esta disposición adicional fue introducida por el artículo 47 de la Ley 44/2002 de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, y redactada de conformidad con el artículo 98, tres de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. Tal y como señala ALONSO UREBA, A., “El modelo de administración de la SA cotizada en el Código Unificado de Buen Gobierno”, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 162, “la Ley de Mercado de Valores impone que las sociedades cotizadas creen en el seno de su Consejo de administración un Comité cuya regulación legal deberá complementarse y desarrollarse en los Estatutos... constituyendo por tanto el régimen legal sobre el Comité de auditoría tanto un límite a la autonomía estatutaria que deberá respetar lo previsto en la Ley como, asimismo, un límite también a la facultad de autoorganización del Consejo en base al artículo 141.1 del TRLSA (actuales artículos 245.2 y 249.1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital). Se crea así dentro del Consejo una instancia especial de supervisión...”. En relación con el Comité de auditoría, también puede consultarse SÁNCHEZ CALERO, F. J., “Líneas generales del régimen del Comité de auditoría de las sociedades cotizadas”, *Comentario a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre de medidas de reforma del sistema financiero*, SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (coordinadores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, págs. 709-732. Este autor, en las págs. 711-712, indica que “la constitución del Comité de auditoría...se inserta como una comisión necesaria, entre otras, en el movimiento de «Corporate Governance», que se ha difundido como consecuencia de las deficiencias del régimen de gestión y de funcionamiento de las grandes sociedades, en las que se produce, tras la difusión del fenómeno de la disociación entre la propiedad y la gestión en las grandes sociedades anónimas, una concentración de poder en manos de un reducido grupo de administradores que carecen de un control adecuado por parte de un accionariado cada vez más numeroso y disperso y, en definitiva, desinteresado en participar directamente en la Junta general”; ALVARADO RIQUELME, M., RIVERO MENÉNDEZ, J.A. y TORRENT RUIZ, A. J., “Comités de auditoría”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 250, octubre-diciembre 2003, págs. 1615-1674. Concretamente, este último autor señala en las págs. 1670-1671, que “el Comité de auditoría se configura en toda la literatura consultada (informes, códigos de conducta) y en las normas legales, como un órgano o subcomité formado por administradores, dependiente del Consejo de administración al que debe rendir cuentas. Su responsabilidad principal se centra en mantener un adecuado sistema de control interno mediante la permanente vigilancia y supervisión de su funcionamiento”. Añade, además, que se exige que el Comité de auditoría esté integrado por consejeros independientes y que a su juicio “esta independencia debe ir orientada a conseguir la máxima eficiencia en todo el proceso de elaboración, resumen y comunicación de la información financiera, así como evitar y detectar todo incumplimiento significativo tanto de la normativa interna como de la legalidad aplicable”.

⁸⁸⁰ Recordemos que el artículo 10 del RESE establece, respecto a la SE, la igualdad de trato con las sociedades anónimas nacionales.

⁸⁸¹ Su composición, al menos mayoritariamente, estará integrada por consejeros no ejecutivos (disposición adicional decimoctava, puntos 2 y 3). Según la mencionada disposición “1. Las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores deberán tener un Comité de auditoría. 2. Los miembros del Comité de auditoría serán al menos en su mayoría consejeros no ejecutivos del Consejo de administración o, en el caso de órgano equivalente al anterior, miembros del mismo que no posean funciones directivas o ejecutivas en la entidad, ni mantengan relación contractual distinta de la condición por la que se les nombre. Serán nombrados, en todo caso, por el Consejo de administración u órgano equivalente, de acuerdo con la naturaleza jurídica de la entidad. Al menos uno de los miembros del Comité de auditoría será independiente y será designado teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o en ambas. 3. El Presidente del Comité de auditoría será designado de entre los consejeros no ejecutivos o miembros que no posean funciones directivas o ejecutivas en la entidad, ni mantengan relación contractual distinta de la condición por la que se le nombre. El presidente deberá ser

Es por lo que, hubiera sido deseable una norma que contemplara la constitución de dicho Comité en el seno del Consejo de control de las SE cotizadas domiciliadas en España, tal y como la propia Ley de Mercado de Valores prevé, en la disposición adicional decimoctava, para las Cajas de Ahorros que emitan valores admitidos a negociación en

sustituido cada cuatro años, pudiendo ser reelegido una vez transcurrido un plazo de un año desde su cese...”. Por su parte, la Recomendación 46 del Código Unificado de Gobierno Corporativo recomienda “que los miembros del Comité de auditoría, y de forma especial su Presidente, se designen teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o gestión de riesgos”. Puede consultarse el texto del Código Unificado de Gobierno Corporativo en la página web:

http://objetivo15.net/doc/CNMV_CodigoBuenGobiernoDeLasSociedadesCotizadas.pdf.

En relación con la composición del Comité de auditoría SÁNCHEZ CALERO, F. J., “Líneas generales del régimen del Comité de auditoría de las sociedades cotizadas”, ya cit., pág. 717, señala que “la Ley se ha apartado del criterio seguido en general por los Códigos de «gobierno corporativo» que indican que el Comité de auditoría debe estar formado exclusivamente por consejeros no ejecutivos”, aunque añade que “se hace notar, sin embargo, que el informe *Winter* considera que no es necesario en Europa mantener esa regla de que los miembros de este Comité de auditoría sean todos ellos «no ejecutivos»”.

⁸⁸² Lo cierto es que por disposición legal se enuncian determinadas funciones del Comité de auditoría que pueden ser complementadas por los estatutos sociales. En efecto, según lo establecido en la disposición adicional decimoctava, punto 4, el número de miembros, las competencias y las normas de funcionamiento del Comité de auditoría se fijaran estatutariamente y deberán favorecer la independencia de su funcionamiento. Entre sus competencias estarán, como mínimo, las siguientes:

“1. Informar a la Junta general, Asamblea general u órgano equivalente de la entidad de acuerdo con su naturaleza jurídica sobre las cuestiones que se planteen en su seno en materia de su competencia. 2. Supervisar la eficacia del control interno de la sociedad, la auditoría interna, en su caso, y los sistemas de gestión de riesgos, así como discutir con los auditores de cuentas o sociedades de auditoría las debilidades significativas del sistema de control interno detectadas en el desarrollo de la auditoría. 3. Supervisar el proceso de elaboración y presentación de la información financiera regulada. 4. Proponer al órgano de administración para su sometimiento a la Junta general de accionistas u órganos equivalentes de la entidad, de acuerdo con su naturaleza jurídica, al que corresponda, el nombramiento de los auditores de cuentas o sociedades de auditoría, de acuerdo con la normativa aplicable a la entidad. 5. Establecer las oportunas relaciones con los auditores de cuentas o sociedades de auditoría para recibir información sobre aquellas cuestiones que puedan poner en riesgo la independencia de éstos, para su examen por el Comité, y cualesquiera otras relacionadas con el proceso de desarrollo de la auditoría de cuentas, así como aquellas otras comunicaciones previstas en la legislación de auditoría de cuentas y en las normas de auditoría. En todo caso, deberán recibir anualmente de los auditores de cuentas o sociedades de auditoría la confirmación escrita de su independencia frente a la entidad o entidades vinculadas a ésta directa o indirectamente, así como la información de los servicios adicionales de cualquier clase prestados a estas entidades por los citados auditores o sociedades, o por las personas o entidades vinculados a éstos de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas. 6. Emitir anualmente, con carácter previo a la emisión del informe de auditoría de cuentas, un informe en el que se expresará una opinión sobre la independencia de los auditores de cuentas o sociedades de auditoría. Este informe deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la prestación de los servicios adicionales a que hace referencia el apartado anterior”.

Además, el Código Unificado de Gobierno Corporativo contiene una serie de recomendaciones relativas al Comité de auditoría que, aparte de las reglas comunes incluidas en la Recomendación 44 respecto a las diferentes comisiones de supervisión y control, y de lo ya indicado respecto a la Recomendación 46, se contienen en las enumeradas de la 47 a la 53, ambas inclusive.

En este sentido ALONSO UREBA, A., “El modelo de administración de la SA cotizada en el Código Unificado de Buen Gobierno”, ya cit., pág. 162, considera que “...se impone legalmente una instancia de supervisión dentro del Consejo con un ámbito mínimo de competencias, de modo que no estamos ni ante una delegación ni ante un mero reparto interno de tareas sino ante una nueva estructura de funcionamiento y composición del Consejo, pues también se impone legalmente una tipología de consejeros (ejecutivos y no ejecutivos) al exigir una composición cualitativa del Comité de auditoría”. En similares términos se expresa SÁNCHEZ CALERO, F. J., “Líneas generales del régimen del Comité de auditoría de las sociedades cotizadas”, ya cit., págs. 715-716, donde recoge que “...nos hallamos ante un órgano –sirva esta expresión aun siendo conscientes de sus perfiles difusos dentro de la teoría general de las personas jurídicas– que tiene una función de vigilancia, aun con una competencia muy limitada, de ciertas actividades del propio Consejo de administración. Ahora bien, entiendo que el Comité de auditoría por ser un órgano cuya competencia deriva de la Ley y no del Consejo de administración, no podemos calificarlo, a mi juicio, como «órgano delegado» del propio Consejo”.

mercados secundarios oficiales de valores, cuando dice que las funciones del Comité de auditoría podrán ser asumidas por la Comisión de control⁸⁸³.

En defecto de una norma en este sentido y teniendo en cuenta el margen conferido a la autonomía de la voluntad en la mencionada disposición adicional, resulta factible que la SE pueda establecer estatutariamente que el Comité de auditoría se constituya en el seno del Consejo de control⁸⁸⁴.

La composición cuantitativa, competencias y funcionamiento del Comité de auditoría se fijaran estatutariamente o, en su caso, por las normas que rijan la entidad, si bien las decisiones que se adopten, en este sentido, deberán favorecer la independencia del funcionamiento del Comité de auditoría. Entre sus competencias estarán como mínimo: las de informar a la Junta general, Asamblea general u órgano equivalente, en función de la naturaleza jurídica de la sociedad, sobre las cuestiones que se planteen en su seno, en materia de su competencia; proponer (al Consejo de administración, o al Consejo de control en los sistemas duales) el nombramiento de los auditores de cuentas o sociedades de auditoría externos, en función de la normativa aplicable a la entidad; establecer las relaciones que fueran pertinentes con los auditores externos para recibir información sobre las cuestiones relacionadas con el proceso de desarrollo de la auditoría de cuentas, así como aquellas otras comunicaciones previstas en la legislación de auditoría de cuentas y en las normas técnicas de auditoría; supervisar los servicios de auditoría interna si existiera dicho órgano; y el conocimiento del proceso de información financiera y de los sistemas de control interno de la entidad⁸⁸⁵.

En cuanto a la composición cualitativa se exige que los miembros del Comité de auditoría sean, al menos, en su mayoría, consejeros no ejecutivos del Consejo de administración u órgano equivalente (en el sistema dual Consejo de control que, obviamente, no contará con consejeros ejecutivos, ya que todos sus componentes tendrán funciones de vigilancia y supervisión), que sean miembros de dicho Consejo y que no posean funciones directivas o ejecutivas en la entidad, ni mantengan relación contractual

⁸⁸³ En efecto, la disposición adicional decimoctava, punto 5, establece que “en las Cajas de Ahorros que emitan valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores, las funciones del Comité de auditoría podrán ser asumidas por la Comisión de control”.

Lo cierto es que tal y como señala ALONSO UREBA, A., “El modelo de administración de la SA cotizada en el Código Unificado de Buen Gobierno”, ya cit., pág. 162, a tenor de lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores “el legislador español reconoce y hace expreso por primera vez, que frente al modelo de gobierno o administración social subyacente a la Ley de Sociedades Anónimas/1951 y al TRLSA/1989 (un Consejo de administración como máximo órgano de dirección de la sociedad que no sólo vigila sino que sigue dirigiendo-instruyendo incluso cuando delega, reteniendo todas las facultades delegadas como propias – principio de subordinación–) cabe en la sociedad anónima cotizada un modelo caracterizado porque se separan, ahora legalmente y no por vía sólo de autoorganización del Consejo ex artículo 141.1 TRLSA (actual artículo 249.1 de la Ley de Sociedades de Capital), funciones de dirección y funciones de supervisión, atribuyéndose algunas de éstas últimas *ex lege* (y no por vía de delegación) a un Comité creado dentro del Consejo”.

⁸⁸⁴ Véase CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., págs. 299-300. Considero que, dado el carácter de independencia que se atribuye al Comité de auditoría y las funciones de supervisión y control que se le encomiendan, resulta más coherente que se constituya en el seno del Consejo de control, máxime teniendo en cuenta que los miembros del Consejo de control son nombrados por la Junta general y por tanto, es una garantía más de cara al carácter de independencia con el que debe de actuar el Comité de auditoría como órgano de control del equipo directivo de la sociedad.

⁸⁸⁵ Según lo dispuesto en la disposición adicional decimoctava, punto 4. Este apartado recoge las competencias que, como mínimo, corresponderán al Comité de auditoría; habría que añadir, en su caso, las recomendaciones del Código Unificado de Gobierno Corporativo relativas a que los miembros del Comité de auditoría y, especialmente, su Presidente deben tener ciertos atributos de experiencia y cualificación profesional, que el Comité es responsable de revisar periódicamente la política y los sistemas de control interno y gestión de riesgos y, de la creación del procedimiento de denuncia interna de irregularidades. Véanse las Recomendaciones números 46 a 53.

distinta de la condición por la que se les nombre; al menos uno de sus miembros será independiente y designado teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o ambas. Serán nombrados por el Consejo de administración u órgano equivalente (en el sistema dual Consejo de control)⁸⁸⁶. Se contempla también, la designación de un Presidente que se nombrará entre los consejeros no ejecutivos o miembros que no posean funciones directivas o ejecutivas en la entidad, ni mantengan relación contractual distinta de la condición por la que se le nombre. El Presidente será sustituido cada cuatro años, pudiendo ser reelegido una vez transcurrido el plazo de un año desde su cese⁸⁸⁷.

5. NOMBRAMIENTO Y REVOCACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL ÓRGANO DE DIRECCIÓN

El RESE confiere al órgano de control la competencia para el nombramiento y revocación de los miembros del órgano de dirección⁸⁸⁸, pero también concede una autorización específica de regulación a los Estados miembros, con preferencia a la normativa del RESE⁸⁸⁹, por la que éstos podrán establecer o permitir que, mediante disposición estatutaria, el nombramiento y revocación se efectúe por la Junta general en las mismas condiciones establecidas para las sociedades nacionales⁸⁹⁰. En consecuencia, si el

⁸⁸⁶ A tenor de lo previsto en la disposición adicional decimoctava, punto 2. Desde la perspectiva del buen gobierno corporativo MATEU DE ROS CEREZO, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, ya cit., pág. 110, considera que: “tal vez desde la perspectiva del buen gobierno corporativo excelente el sistema dualista sea más perfecto. Una de la preocupaciones mayores –por no decir la mayor– de los principios de buen gobierno es garantizar el control de los consejeros ejecutivos y del equipo directivo de la sociedad a través de varios consejeros no ejecutivos que actúan tanto en el Consejo de administración en pleno como en las comisiones de supervisión y control en las que deben ostentar una posición mayoritaria. Si la administración social está dividida o repartida en dos órganos –uno dedicado a la gestión y otro a la supervisión o control y este último tiene al final la superioridad que dimana del hecho de que los administradores que lo componen son nombrados directamente por la Junta general de accionistas– el equilibrio y el balance recíproco de focos de poder dentro de la sociedad parece mejor planteado que en un sistema unitario en el que todo el poder de administración reside –teóricamente por lo menos– en el consejo y la función específica del control se atribuye a un órgano inferior –el Comité de auditoría– que depende del Consejo de administración que es quien designa a los vocales de ese Comité. En la medida en que la independencia real de la Comisión de auditoría y control deriva no sólo del conocimiento formal de sus facultades en normas internas de la sociedad sino de la actitud y de la conducta de los consejeros ejecutivos, resulta más seguro –en términos legales– un sistema que establezca, como característica estructural del mismo, la existencia de un órgano superior de control”.

⁸⁸⁷ De acuerdo con lo establecido en la disposición adicional decimoctava, punto 3. Con esta disposición se trata de garantizar, en la medida de lo posible, un mejor control de los consejeros ejecutivos que son los encargados de la gestión de la sociedad, de ahí la exigencia de que el Presidente del Comité de auditoría se designe entre los consejeros no ejecutivos o miembros que no posean funciones directivas o ejecutivas con la entidad, ni mantengan relación contractual distinta de la condición por la que se le nombre.

⁸⁸⁸ Según lo dispuesto en el artículo 39.2, párrafo primero “el miembro (entendiendo, por tanto, que el órgano de dirección puede revestir carácter unipersonal) o miembros del órgano de dirección serán nombrados por el órgano de control”. Los anteriores Proyectos, también, conferían al Consejo de vigilancia las facultades de nombramiento y revocación de los miembros del órgano de dirección. Artículo 63.1 y 7 de los Proyectos de 1970 y 1975 y artículo 62.2 de los Proyectos de 1989 y 1991.

⁸⁸⁹ En efecto, el último párrafo del artículo 39.2 del RESE contiene una autorización específica, en virtud de la cual los Estados miembros podrán establecer o permitir que por vía estatutaria se establezca que el miembro o miembros del órgano de dirección sean nombrados o revocados por la Junta general en las mismas condiciones que sean de aplicación a las sociedades anónimas nacionales. Nos encontramos, por tanto, con una autorización específica de carácter facultativo (el Estado miembro “podrá” establecer) y limitada por el régimen general de las sociedades anónimas nacionales (“en las mismas condiciones que se aplican a las sociedades anónimas domiciliadas en su territorio”).

⁸⁹⁰ En opinión de MORILLAS JARILLO, M. J. y GRECHENIG, K. “La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español”, ya cit., pág. 20: “se desvanece así una de las que han sido consideradas características inmanentes al sistema dual y es la competencia para designar los miembros del

Estado miembro lo autoriza, los estatutos podrán disponer que los miembros del órgano de dirección sean nombrados o revocados por la Junta general en las mismas condiciones que sean de aplicación para las sociedades anónimas domiciliadas en su territorio⁸⁹¹.

En nuestro Derecho societario, al no conocerse el sistema dual para las sociedades anónimas españolas, en virtud de la autorización genérica concedida por el RESE para la regulación del sistema que sea desconocido en la legislación nacional, se podían haber adoptado medidas en el sentido de permitir el nombramiento o revocación por la Junta general, pero tal y como se desprende de la Ley 19/2005 sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, nuestro legislador no ha hecho uso de la autorización genérica que le confiere el RESE⁸⁹², ni de la autorización específica de regulación concedida a los Estados miembros, que les faculta para establecer o permitir que los estatutos dispongan que sean nombrados por la Junta general “en las mismas condiciones que se aplican a las sociedades anónimas domiciliadas en su territorio”⁸⁹³. Efectivamente, nuestro legislador ha guardado silencio al respecto y, por lo tanto, los miembros de dirección serán nombrados y revocados, para las SE domiciliadas en España, por el Consejo de control, sin que quepa la posibilidad de una cláusula estatutaria que establezca que serán elegidos por la Junta general⁸⁹⁴.

No se hace previsión alguna en cuanto al nombramiento de los primeros miembros del órgano de dirección, al contrario de lo que sucede con los miembros del órgano de control; en efecto, el RESE recoge expresamente la posibilidad de designar los miembros del primer órgano de control mediante disposición estatutaria⁸⁹⁵. Debe entenderse, por tanto, que los miembros del órgano de dirección serán nombrados por el órgano de control (dejando a salvo una eventual competencia de la Junta general)⁸⁹⁶, tanto en el momento

órgano de dirección, con lo que se hace posible que, al igual que en el sistema monista, los encargados de la gestión sean elegidos y revocados por los socios reunidos en Asamblea”.

⁸⁹¹ Para que los miembros del órgano de dirección de una SE puedan ser elegidos por la Junta general deben concurrir dos presupuestos, en la legislación nacional y en los estatutos correspondientes, respectivamente, de forma tal que éstos establezcan este sistema de elección sobre la base de una exigencia o de una autorización legalmente prevista sobre el particular. AGUILÓ PIÑA, J. F., “La Sociedad Anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 246, octubre-diciembre 2002, pág. 1866.

⁸⁹² Efectivamente, el artículo 39.5 del RESE contiene una autorización genérica, en orden a la regulación del sistema dual, que permite a los Estados miembros que desconozcan dicho sistema adoptar las pertinentes disposiciones al efecto. Por su parte, el artículo 43.4 del RESE contiene una disposición similar en relación con el sistema monista. No obstante, teniendo en cuenta los principios inspiradores del sistema dual, debe considerarse que resulta acertado atribuir el nombramiento al órgano de control, cuestión distinta sería abrir la posibilidad de que la revocación de los miembros del órgano de dirección pudiera efectuarse, también, por la Junta general, si así se prevé estatutariamente.

⁸⁹³ En la autorización específica contenida en el párrafo segundo del artículo 39.2 prima, como elemento regulador, el término “en las mismas condiciones que se aplican a las sociedades anónimas nacionales”. En consecuencia, si los Estados miembros hacen uso de la mencionada autorización deberán de tener en cuenta la prevalencia de este elemento regulador. A mayor abundamiento, la regulación efectuada en base a dicha autorización gozará de preferencia frente a lo dispuesto en el RESE en lo tocante al nombramiento y revocación de los miembros del órgano de dirección.

⁸⁹⁴ El Congreso de los Diputados rechazó la enmienda (número 16) presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado que proponía que se añadiera al artículo 329 del TRLSA (actual artículo 478 de la Ley de Sociedades de Capital) el siguiente texto: “el nombramiento de los directores corresponderá al órgano de control. La revocación de los mismos corresponderá al órgano de control, salvo que los estatutos dispongan que debe corresponder a la Junta general. La justificación de la enmienda era permitir a la Junta general “ser el árbitro de los eventuales conflictos que pudieran surgir entre el órgano de dirección y el de control”. Véase el Boletín Oficial del Senado, número 23-c, de 8 de septiembre de 2005 y el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, número 19-9 de 18 de octubre de 2005.

⁸⁹⁵ Lo cierto es que el artículo 40.2 del RESE recoge la posibilidad de que los miembros del primer órgano de control se designen mediante disposición estatutaria, con respeto a los derechos que puedan corresponder a las minorías de accionistas y a los trabajadores.

⁸⁹⁶ Tal supuesto se dará cuando un Estado miembro, haciendo uso, bien de la autorización genérica (artículo 39.5), cuando no tenga regulado el sistema dual para sus sociedades anónimas nacionales, o bien de la

fundacional, como en el curso de la vida social: se llega a esta conclusión, tanto por la falta de previsión específica en el RESE, respecto a los miembros del órgano de dirección, como por el criterio seguido tradicionalmente en los sistemas duales que sirven de inspiración al RESE⁸⁹⁷.

En cuanto a las SE domiciliadas en España, a tenor de lo previsto en nuestra legislación, los miembros del órgano de dirección serán nombrados y revocados por el órgano de control y por tanto, considero coherente la falta de previsión relativa a la posibilidad de que los primeros miembros del órgano de dirección sean nombrados mediante disposición estatutaria, teniendo en cuenta, por un lado, que aunque tanto el RESE como nuestra legislación admiten la posibilidad de que en el momento fundacional se designe a los miembros del primer órgano de administración (bien por referencia a los miembros del órgano de control, en el caso del RESE, bien por referencia a los miembros del órgano de administración del sistema monista, en el caso de nuestra legislación), lo hacen siempre en relación a miembros cuya designación es competencia de la Junta general y por otro lado, que el nombramiento de los miembros del órgano de dirección viene atribuido al órgano de control y por tanto, hasta que no se constituya éste último no se podrá efectuar nombramiento alguno⁸⁹⁸.

Teniendo en cuenta que la Ley 19/2005 sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, no contiene normas específicas sobre nombramiento y revocación de los miembros del órgano de dirección, a efectos de cubrir las lagunas existentes en la regulación de cuestiones relativas a la aceptación del nombramiento⁸⁹⁹, procedimientos de

autorización específica (artículo 39.2, párrafo segundo), haya establecido o permitido que los estatutos dispongan que los miembros del órgano de dirección sean nombrados por la Junta general en las mismas condiciones que se aplican a las sociedades anónimas domiciliadas en su territorio.

⁸⁹⁷ Otros autores no están de acuerdo con esta interpretación y consideran posible la aplicación analógica de lo previsto para los miembros del Consejo de vigilancia en el artículo 40.2 del RESE, norma que coincide con la prevista para los primeros miembros del órgano de administración en el sistema monista (artículo 43.3 del RESE) y que no contraviene tampoco lo dispuesto para los primeros administradores de las sociedades anónimas nacionales en el artículo 8. f) de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 22.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital), reglas que son aplicables supletoriamente (artículo 9.1, c) ii) del RESE; artículos 331.2 y 333.1 de la Ley de Sociedades Anónimas –actuales artículos 483 y 485 de la Ley de Sociedades de Capital–). Véase MORILLAS JARILLO, M.J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, ya cit., pág. 71.

⁸⁹⁸ ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 556, considera que no cabe una aplicación analógica, bien de lo establecido para los miembros del Consejo de control, o bien de lo establecido para los primeros administradores de las sociedades anónimas nacionales, dada la falta de previsión específica contrariamente a lo que sucede con el órgano de control.

⁸⁹⁹ A tenor de lo previsto en el artículo 214.3 de la Ley de Sociedades de Capital el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación; se está reconociendo, por tanto, la relación de carácter contractual que se establece entre el administrador y la sociedad; ésta es la posición mantenida por la mayoría de nuestra doctrina (en este sentido se pronuncia POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 50-51 y 102-103); sin embargo, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 91, considera que “...admitido que el órgano de administración es una unidad funcional de la sociedad, cuya delimitación de funciones y competencias, así como su estructura vienen determinados por la Ley y los estatutos y admitida la distinción entre el órgano y su titular o titulares, hemos de indicar que tras el nombramiento y la aceptación de una persona del desempeño el cargo adquiere la titularidad del órgano. Estos actos deben considerarse, por consiguiente, como medio para alcanzar al administrador la titularidad del órgano de administración, no como declaraciones de voluntad que dan lugar a una relación contractual, sino que nos hallamos ante unos actos de carácter corporativo que permiten a los administradores ser investidos del cargo, cuya competencia para gestionar y representar a la sociedad se delimita por la Ley y los estatutos; competencia que no viene atribuida por la Junta general, que carece de facultades para interferir en la gestión y representación de la sociedad, aun cuando tenga la función del nombramiento y la separación de los titulares del órgano administrativo”.

revocación⁹⁰⁰, régimen registral⁹⁰¹, etc., habrá que acudir a lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para los miembros del órgano de administración del sistema

En cuanto a la forma de manifestar la aceptación, lo usual es que se produzcan en un solo acto, cuando el nombrado está presente, pero también podrá efectuarse, si el designado no estuviera presente en ese momento, de cualquier otra forma, verbal, escrita, e incluso, tácitamente cuando de la actuación del nombrado (acudir a las reuniones, participar en las tareas del órgano, etc.) se desprenda claramente su aceptación; a efectos registrales será necesario hacer constar la aceptación; si se hubiera producido en el mismo acto bastará con certificación del órgano que efectuó el nombramiento, expedida en debida forma y con firmas legitimadas, testimonio notarial del acta o copia autorizada del acta notarial, y si la aceptación no tuviera carácter simultáneo podrá acreditarse ésta última bien mediante escrito del designado con firma notarialmente legitimada o de cualquiera de las maneras anteriormente indicadas; en todo caso, también podrá efectuarse la correspondiente inscripción en virtud de escritura pública que acredite las circunstancias del nombramiento y de la aceptación (artículo 142 del Reglamento del Registro Mercantil). En consecuencia, este artículo será de aplicación al nombramiento de los miembros del órgano de dirección de una SE española, en cuyo caso, la correspondiente certificación acreditativa de los extremos requeridos será expedida por el Secretario con el visto bueno del Presidente del Consejo de control. En todo caso la inscripción no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo, el nombramiento surte efecto desde su aceptación. Si bien, hay que tener en cuenta el principio de oponibilidad recogido en los artículos 21 del C.Com. y 9 del Reglamento del Registro Mercantil, en virtud de los cuales “los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su inscripción en el Registro Mercantil”. La publicación en el BORME determina la oponibilidad a terceros del acto sujeto a inscripción. Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 106; POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 105-113.

⁹⁰⁰ Lo cierto es que el artículo 223.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 131 del TRLSA) contiene un principio de libre revocabilidad de los administradores, sin necesidad de que exista una justa causa que motive la separación de los mismos. El principio de libre revocabilidad es una manifestación del principio de jerarquía y subordinación existente entre los órganos y, además, constituye un mecanismo útil para el ejercicio de las funciones de vigilancia y supervisión que tiene encomendadas el Consejo de control. Tal y como manifiesta POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 223, “...la revocabilidad *ad nutum* se configura en nuestro derecho, según opinión unánime de doctrina y jurisprudencia, como un principio de orden público cuya misma existencia y extensión no puede ser derogada o alterada por la voluntad contractual manifestada en los estatutos sociales”; en este mismo sentido SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 124-126.

Por su parte el artículo 224.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 132.1 del TRLSA) establece el cese inmediato, a petición de cualquier accionista, de los administradores que estuvieran incurso en cualquiera de las prohibiciones legales (estas prohibiciones están recogidas en el artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 124 del TRLSA–). El mandato legal se establece con carácter imperativo y por tanto, la adopción del acuerdo de separación será obligatoria para el Consejo de control. Ahora bien, tal y como recoge POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 256, “...la petición del accionista no constituye presupuesto necesario, sino suficiente, para desencadenar la obligación de adoptar el acuerdo de destitución, ya que subordinar la destitución al cumplimiento de un requisito subjetivo sería tanto como hurtarle el carácter imperativo que la Ley ha querido otorgarle”; el apartado 2 de dicho artículo contempla un segundo supuesto de cese de los administradores “cuando tengan intereses opuestos a los de la sociedad”, es evidente que debe de tratarse de un conflicto permanente, como dice POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 262, “...cuando la oposición entre el administrador y la sociedad no es la manifestación de un conflicto aislado, sino reflejo de una constante situación de posible divergencia y aun enfrentamiento entre aquéllos, aparece el conflicto de intereses no como determinante de un concreto deber de abstención del administrador en una votación aislada, sino como causa directa de incompatibilidad para el desempeño continuado del cargo”. En este supuesto el Consejo de control deberá de apreciar si se da tal conflicto de intereses y decidir sobre la permanencia o cese del administrador, pero si se estima que concurren las causas necesarias, es decir, que hay un conflicto, deberá de adoptar el acuerdo de cese.

⁹⁰¹ El plazo para presentar el título acreditativo del nombramiento y aceptación (en cuanto al título inscribible habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 142 del Reglamento del Registro Mercantil y en cuanto a las menciones que se deben hacer constar a lo previsto en los artículos 138 del Reglamento del Registro Mercantil y 215.1 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 125 del TRLSA–) será de diez días a contar desde la fecha en que se hubiere producido la aceptación, según recoge el artículo 215.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 125 del TRLSA). Obsérvese que en este supuesto no será de aplicación la norma general (contenida en el artículo 26.3 del C.Com.) que fija en ocho días el plazo de inscripción de los acuerdos inscribibles.

monista⁹⁰²; aunque, se deberá adaptar la normativa nacional, reguladora de estos aspectos, al sistema dual, adaptación o corrección que también alcanzará a las disposiciones estatutarias o reglamentos internos que puedan configurarse en esta materia⁹⁰³.

Debo hacer mención a las previsiones que nuestra legislación recoge, estableciendo en defensa de los accionista minoritarios un sistema proporcional para el nombramiento de los miembros del Consejo⁹⁰⁴, derechos que el RESE respeta al decir expresamente que “el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en las legislaciones nacionales que concedan a las minorías de accionistas, o a otras personas o autoridades el derecho a nombrar a una parte de los órganos”⁹⁰⁵. En consecuencia, cabe preguntarse si esta normativa es aplicable al nombramiento de los miembros del órgano de dirección, aunque hay que descartar esta posibilidad a priori, ya que los miembros del Consejo de dirección de la SE domiciliadas en España serán elegidos por el Consejo de control y no por la Junta general y, por tanto, es difícil encajar los derechos de representación proporcional que nuestra legislación contempla para los accionistas minoritarios.

En relación con el nombramiento por cooptación, que recoge nuestra legislación nacional⁹⁰⁶ y su aplicación a la SE domiciliadas en España, debo señalar que, según lo dispuesto en el RESE, en el caso de que se produjera una vacante por fallecimiento, dimisión, revocación, etc., en el órgano de dirección, el órgano de control podrá designar a

⁹⁰² Dado que el legislador español no ha dictado normas especiales para regular estas materias, respecto a los miembros del órgano de dirección del sistema dual, los autores consideran que esta laguna deberá cubrirse con el recurso a la analogía de lo previsto para los miembros del órgano de administración del sistema monista. En este sentido se pronuncian: ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*. ya cit., pág. 183 y ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 559.

⁹⁰³ A modo de ejemplo indicaré que, respecto a la aceptación del nombramiento por parte de los miembros del órgano de dirección habrá que adaptar o adecuar la normativa nacional, ya que no cabe la aceptación del nombramiento en el momento de celebración de la Junta general, puesto que ésta no es competente para nombrarlos; la aceptación podría tener lugar en el momento de la designación por el Consejo de control y el título inscribible podría ser uno de los previstos en el artículo 142.1 del Reglamento del Registro Mercantil, adecuándolo en cuanto a que la inscripción pudiera practicarse mediante certificación del acta de la reunión del Consejo de control (que es el órgano competente para el nombramiento de los miembros del órgano de dirección), expedida en debida forma y con las firmas legitimadas notarialmente (del Presidente y Secretario del Consejo de control), testimonio notarial de dicha acta y, en el supuesto de que no se diera la aceptación simultánea, mediante escrito del designado en el que haga constar la aceptación, con firma legitimada; pudiéndose, en cualquier caso, inscribirse mediante escritura pública que acredite debidamente la circunstancias del nombramiento y de la aceptación.

⁹⁰⁴ Mediante la fórmula recogida en el artículo 243 (antiguo artículo 137 del TRLSA) se permite el acceso de las minorías a la administración de la sociedad, estableciéndose un sistema de representación proporcional de los accionistas en la designación de los miembros del Consejo de administración.

⁹⁰⁵ En efecto, el artículo 47.4 del RESE se refiere al derecho de nombrar a una parte de los miembros de los órganos concedido en las legislaciones nacionales a las minorías de accionistas o a otras personas o autoridades; por tanto, se establece el respeto a lo reglamentado, al respecto, en las diversas legislaciones nacionales. Tal y como señala QUIJANO GONZÁLEZ, J. “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 709, “ante todo, el artículo 47.4 aparece como una norma de salvedad general de determinados supuestos de nombramiento especial previstos en las legislaciones nacionales. En este sentido, se contraponen a las reglas generales de nombramiento que el RESE establece en cada uno de los dos sistemas organizativos...”.

⁹⁰⁶ La Ley de Sociedades de Capital regula el sistema de cooptación en el artículo 244 (antiguo artículo 138 del TRLSA). Según lo preceptuado en este artículo la cooptación es facultativa, sólo será aplicable al Consejo de administración siempre que no existan suplentes, el nombramiento deberá recaer en un accionista y ocupará el cargo hasta primera Junta general que se celebre, ya sea ordinaria o extraordinaria, que será la que procederá al nombramiento de nuevos consejeros o, en su caso, a la ratificación del miembro cooptado.

uno de sus miembros para ejercer las funciones del miembro del órgano de dirección que ha dejado la vacante⁹⁰⁷. Ahora bien, esta facultad que se otorga al órgano de control y que le posibilita para efectuar un nombramiento por cooptación es optativa, puesto que el RESE dice que “el órgano de vigilancia podrá...”⁹⁰⁸; por lo tanto, en el caso de que el órgano de control no cubriera la vacante y no hubiera suplentes designados, considero que, teniendo en cuenta que los miembros del órgano de dirección de las SE españolas serán nombrados por el Consejo de control, no habría lugar a la cooptación. Cuestión distinta hubiera sido si el legislador nacional hubiera establecido o permitido mediante disposición estatutaria que los miembros del órgano de dirección fueran nombrados por la Junta general, pues en ese supuesto podría ser de aplicación, con la oportuna adaptación o corrección, lo dispuesto al efecto en nuestra legislación⁹⁰⁹.

Si el órgano de control, haciendo uso de la facultad de cooptación que le otorga el RESE, nombra a uno de sus miembros para cubrir una vacante del órgano de dirección, las funciones que el designado venía desempeñando en el órgano de control quedarán en suspenso hasta que deje de formar parte del órgano de dirección. El RESE establece así una cautela en orden a que no se pueda simultanear por una misma persona el desempeño de funciones en ambos órganos⁹¹⁰.

El hecho de que sus funciones como miembro del órgano de control queden en suspenso implica que por ser nombrado miembro del órgano de dirección no pierde su condición de miembro del órgano de control, por lo que, cuando cese como miembro del órgano de dirección no será necesario formalidad alguna para que recupere su anterior posición.

En cuanto al plazo por el que, en su caso, se efectúa este nombramiento, debo decir que por disposición expresa del RESE se permite a los Estados miembros establecer una limitación temporal a dicho período. Si no se hiciera uso de dicha habilitación, debe entenderse que el plazo será el que falte por transcurrir para la finalización del mandato del

⁹⁰⁷ El Proyecto de 1991 también hacía referencia en el artículo 62.3 a esta posibilidad, sin embargo, no concedía a los Estados miembros la facultad de establecer una limitación temporal.

⁹⁰⁸ En efecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 39.3 se faculta (el órgano de vigilancia “podrá”...) pero no se obliga al órgano de control a cubrir la vacante que pudiera producirse en el órgano de dirección, por tanto el Consejo de control podrá hacer o no uso de esta facultad que le atribuye el RESE.

⁹⁰⁹ Véase QUIJANO GONZÁLEZ, J. “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 719.

En la legislación española esta práctica tiene como finalidad garantizar la estabilidad del Consejo de administración y evitar el funcionamiento de Consejos mermados como consecuencia de las bajas que pueden producirse, ya que mediante este mecanismo se garantiza la completitud del Consejo hasta que se reúna la primera Junta. Sin embargo, mi postura personal en relación con las SE que decidan establecerse en España y opten el sistema dual es que no será de aplicación el mecanismo de la cooptación en el Consejo de dirección, puesto que el nombramiento de los miembros de dicho órgano es competencia del Consejo de control, órgano que puede reunirse con mayor facilidad que la Junta general y que además en orden al cumplimiento de las funciones que le son encomendadas deberá procurar un adecuado funcionamiento del Consejo de dirección que garantice una gestión eficaz.

⁹¹⁰ Si el órgano de control, a tenor de lo dispuesto en el artículo 39.3 del RESE, nombra a uno de sus miembros para cubrir la vacante producida en el órgano de dirección, las funciones que al así nombrado pudieran competir en el órgano de control quedarán en suspenso en tanto en cuanto forme parte del órgano de dirección. Según señala ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 557, “la declaración de incompatibilidad trata de garantizar en la mayor medida posible la separación e independencia en el ejercicio de las respectivas funciones de dirección y vigilancia, y se inspira en el modelo germánico... La norma que permite al propio órgano de vigilancia designar a uno de sus miembros se puede justificar por facilitar la incorporación de una persona «próxima» al equipo del órgano de dirección y de ahí las cautelas a que se somete esta posibilidad: suspensión de funciones como miembro del órgano de control y la posibilidad de limitación temporal de ese periodo, en la línea del ordenamiento alemán”.

miembro cuya vacante se cubre. El legislador español, haciendo uso de la habilitación concedida por el RESE, ha estipulado que dicho período no podrá ser superior al año⁹¹¹.

Por lo que respecta a otras cuestiones relativas al estatuto personal de los miembros del órgano de dirección, como requisitos de nombramiento o designación de un miembro persona jurídica, duración del cargo, etc., se contienen en la sección tercera del RESE que hace referencia a las normas comunes para los dos sistemas, por lo que me reservo el desarrollo de dicha normativa para más adelante, cuando me ocupe de dichas normas comunes.

Finalmente, hare mención a que el Consejo de control, para el nombramiento de los miembros del órgano de dirección de las SE cotizadas, podrá tomar en consideración las recomendaciones sobre buen gobierno corporativo y procurar que el Consejo de dirección integre a consejeros independientes⁹¹². Sin embargo, la existencia, en los sistemas duales, de un Consejo de control hace menos necesaria la aplicación de estas recomendaciones al Consejo de dirección. A mayor abundamiento, teniendo en cuenta que el legislador español ha determinado que el Consejo de dirección de las SE que decidan establecerse en España, estará compuesto por un mínimo de tres miembros y un máximo de siete⁹¹³, hace que incluso resulte difícil la aplicación de estas recomendaciones sobre el gobierno corporativo⁹¹⁴.

6. FUNCIONES Y COMPETENCIAS DEL ÓRGANO DE DIRECCIÓN

En el ámbito de las facultades de administración, entendiendo la administración en sentido amplio como el conjunto de actos de naturaleza diversa que tienden a la consecución del objeto social, cabe distinguir entre gestión y representación, en relación con las esferas de actuación interna y externa.

Los Proyectos de 1970⁹¹⁵, 1975⁹¹⁶ y 1989⁹¹⁷, regulaban expresamente la facultad de representación, el de 1991 remitía esta materia a las disposiciones del Estado miembro del

⁹¹¹ Efectivamente, de lo dispuesto en el artículo 484 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 332 del TRLSA) se desprende que nuestro legislador, haciendo uso de la facultad que con carácter específico y potestativo se establece en el artículo 39.3 del RESE, ha limitado la duración del nombramiento de un miembro del Consejo de control para cubrir una vacante de la Dirección a un plazo que no podrá ser superior al año.

⁹¹² Siguiendo las recomendaciones de: “El Informe Olivencia”, “El informe Aldama” y “El Código Unificado de Recomendaciones sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas de 22 de mayo de 2006”. A la figura de los consejeros independientes se refiere el punto 4.2.2.1 del informe Olivencia donde se señala que la misión principal de este tipo de consejeros es “la de hacer valer en el Consejo los intereses del capital flotante” y se define a los consejeros independientes como “aquellos consejeros que no están vinculados con el equipo de gestión ni con los núcleos accionariales de control que más influyen sobre éste. Naturalmente, ello no significa que el consejero independiente haya de ser ajeno al capital social, ni que basten esos datos de desvinculación para definir su perfil. Es preciso, además, que esas notas se completen con la de experiencia, competencia y prestigio profesional, que han de ser siempre características del consejero independiente”. El informe Olivencia puede consultarse en la siguiente página web: http://www.etnor.org/html/pdf/pub_olivencia.pdf.

⁹¹³ En efecto, conviene recordar que el legislador español al regular en el artículo 481 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo 331.1 *in fine* del TRLSA) el Consejo de dirección del sistema dual ha establecido que “el Consejo de dirección estará formado por un mínimo de tres miembros y un máximo de siete”.

⁹¹⁴ Véase CUENCA GARCÍA A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., pág. 303.

⁹¹⁵ En el Proyecto de 1970, a tenor de lo dispuesto en el artículo 65, se atribuía el poder de representación a cada miembro del órgano de dirección y según establecía el artículo 67 la sociedad quedaba obligada frente a terceros por los actos realizados por los miembros de la Dirección.

domicilio de la SE, adoptadas en aplicación de la Directiva 68/151/CE. El texto definitivamente aprobado por el RESE se limita a disponer que el órgano de dirección “será el responsable de la gestión de la SE”⁹¹⁸.

Del examen del articulado del RESE, en relación con esta materia, se desprende que al órgano de dirección le corresponden todas aquellas facultades-deberes que el RESE, la legislación específica para las SE o genérica para las sociedades anónimas aplicable a las SE domiciliadas en su territorio y, eventualmente, los estatutos o el reglamento interno le atribuyan en concreto y que puedan considerarse como tareas específicas de dicho órgano, entre las que cabe mencionar las facultades relativas al funcionamiento y organización de la sociedad como pueden ser, la elaboración de proyectos e informes en caso de traslado⁹¹⁹, en caso de transformación⁹²⁰; las obligaciones de información⁹²¹; la obligación de convocar la Junta general⁹²²; las medidas tendentes a conservar el capital social o, incluso, a adoptar en

⁹¹⁶ En el Proyecto de 1975, el artículo 65, al igual que su homólogo del Proyecto de 1970, atribuía a cada miembro del órgano de dirección el poder de representación. Puede consultarse a este respecto ESTEBAN VELASCO, G. “La representación de la sociedad frente a terceros”, ya cit., págs. 253-334.

⁹¹⁷ En el Proyecto de 1989, los artículos 62.1 y 71 atribuían la representación al órgano de dirección y preveían, sin perjuicio de la libertad estatutaria, la forma de ejercicio del poder de representación a título colectivo y declaraban la inderogabilidad del poder de representación y la irrelevancia externa del objeto social.

⁹¹⁸ Según lo dispuesto en el artículo 39.1 del RESE. Indudablemente, en el ámbito de la gestión debe de entenderse comprendida la función de representación, puesto que, obviamente, en el desarrollo de la gestión, que por disposición legal corresponde al órgano de dirección, tendrán lugar actuaciones diversas, relacionadas con terceros, en las que surgirá el fenómeno de la representación.

⁹¹⁹ Véase el artículo 8.2 y 3 del RESE. El apartado 2 hace referencia al proyecto que debe de ser elaborado por el órgano de dirección en caso de traslado del domicilio social de la SE, proyecto que, a tenor de lo previsto en el artículo 13 del RESE, se publicara de acuerdo con la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SE y el apartado 3 al informe que debe evacuarse por dicho órgano explicando y justificando los aspectos jurídicos y económicos del traslado y exponiendo las consecuencias de dicho traslado para los accionistas, los acreedores y los trabajadores.

⁹²⁰ Véanse los artículos 37.4 y 66.3 del RESE. Estos artículos hacen referencia a los proyectos e informes que deben de ser elaborados por el órgano de dirección en los supuestos de transformación de una sociedad anónima en SE o, en el caso contrario, de que una SE decida transformarse en sociedad anónima.

⁹²¹ Véase el artículo 41 del RESE. Los apartados 1 y 2 de este artículo recogen los deberes de información que pesan sobre el órgano de dirección y que a su vez, constituyen derechos del órgano de control, sin perjuicio de las facultades que el apartado 3 otorga al órgano de control para recabar cuanta información considere necesaria (información que el órgano de dirección estará obligado a facilitar).

⁹²² Lo cierto es que a tenor de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 54 del RESE, se faculta al órgano de dirección (al órgano de administración, al órgano de control, o a cualquier otro órgano o autoridad competente, con arreglo a la legislación nacional aplicable a las sociedades anónimas del domicilio de la SE) para convocar en todo momento la Junta general de accionistas y el apartado 1 del citado artículo establece la obligatoriedad de convocar la Junta general ordinaria al menos una vez al año, exceptuando los casos en 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. El legislador español, al regular el sistema dual de administración para las SE que decidan establecerse en nuestro país, ha dispuesto que “en el sistema dual de administración, la competencia para la convocatoria de la Junta general corresponde a la Dirección...” (artículo 492 de la Ley de Sociedades de Capital; antiguo artículo 337 del TRLSA). Tal y como señala RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Junta general”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L., (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 776 “...lo cierto es que la convocatoria no siempre es una facultad de los administradores, sino que en muchas ocasiones es una obligación cuyo incumplimiento puede dar lugar a su responsabilidad. Así sucede cuando la convocatoria viene impuesta por la Ley, como ocurre en el caso del artículo 54.1 del RESE, o por los estatutos”. Por su parte ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., “La convocatoria de la junta general de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España”, ya cit., pág. 15, señala que “el artículo 54.2 del RESE se refiere a la necesidad de que ambas juntas, ordinaria y extraordinaria, sean convocadas por el órgano encargado de la gestión de la sociedad (órgano de control, órgano de dirección u órgano de administración, dependiendo de si la SE ha adoptado un sistema dual o monista). Se trata de una declaración lógica y normal, ya que conforme a la configuración que el Reglamento hace de estos órganos son los más adecuados para poner en marcha la junta general, no sólo porque de su desarrollo puede obtener criterios y orientaciones para la mejor gestión de los intereses sociales, de acuerdo con el pensamiento de la

supuestos de concurso o disolución, entendidas en orden a la tutela de los intereses de socios y terceros⁹²³. Una vez realizada esta breve mención, en relación con las tareas específicas del órgano de dirección, pasará a examinar las facultades de dicho órgano en los ámbitos de gestión y representación.

A. LA GESTIÓN DE LA SOCIEDAD

En el sistema dual a tenor de lo dispuesto, tanto en el RESE⁹²⁴, como en nuestra legislación⁹²⁵, el órgano de dirección es el responsable de la gestión de la SE⁹²⁶. Las facultades que en este ámbito se otorgan por disposición legal al órgano de dirección son inherentes a dicho órgano; sin embargo, habrá que tener en cuenta las posibilidades de intervención que la ley otorga en este campo a otros órganos sociales, como el Consejo de control o la Junta general, en función, tanto de lo establecido en el RESE, como en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros del domicilio de la SE en materia de sociedades. En consecuencia, el órgano de dirección tendrá que contar en el ámbito de su gestión con las posibles interferencias derivadas de las correspondientes reservas legales o estatutarias en su caso, en función de la normativa que sea de aplicación a cada SE. Así, al órgano de control⁹²⁷ le competen una serie de facultades de intervención en los temas de gestión que, aunque sujetos a autorización del órgano de control, son responsabilidad última del órgano de dirección⁹²⁸ y la Junta general decidirá en los asuntos en que le confiera competencia el propio RESE, la legislación nacional del domicilio de la SE y cuando legal o estatutariamente así se establezca por el ordenamiento jurídico para las sociedades anónimas del lugar en que la SE tenga el domicilio⁹²⁹.

mayoría, sino también porque nadie mejor que esos órganos puede juzgar la conveniencia de consultar a los accionistas sobre determinados asuntos”.

⁹²³ ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., págs. 559-560. Este autor advierte sobre la conveniencia de que los países que desconozcan el sistema dual, mediante una disposición general y, en su caso, disposiciones concretas, refieran al órgano de dirección los deberes específicos que en el marco del sistema monista se atribuyen a los administradores. En su defecto, habrá que trasladar por vía analógica esos deberes al órgano de dirección.

⁹²⁴ En efecto, el artículo 39.1 del RESE establece que “el órgano de dirección será responsable de la gestión de la SE”. Tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 560: “la gestión no le corresponde como delegación de otro órgano (Consejo de vigilancia, Junta general), sino que es competencia propia derivada de la Ley, inherente a su posición legal orgánica”.

⁹²⁵ De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 479.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 330.1 del TRLSA) “la gestión y representación de la sociedad corresponden a la Dirección”. Aunque el RESE no alude al poder de representación de la SE frente a terceros, nuestro legislador, al regular el sistema dual para las SE que decidan establecerse en nuestro territorio, ha atribuido dicho poder a la Dirección; en consecuencia, la Dirección será quien represente a la SE en sus relaciones con terceros de manera exclusiva y excluyente.

⁹²⁶ Tanto el RESE, como La Ley de Sociedades de Capital se limitan a atribuir a la Dirección la gestión de la sociedad pero no delimitan, ni siquiera genéricamente, las funciones que le corresponden, cuestión de relevante importancia en cuanto que delimita, tanto las competencias entre los distintos órganos, como la responsabilidad de los mismos.

⁹²⁷ Este órgano, por disposición expresa del RESE, no podrá ejercer por sí mismo el poder de gestión de la SE (artículo 40.2 del RESE), pero indirectamente, a través de las categorías de operaciones sujetas a autorización (artículo 48 del RESE) e incluso, a través del nombramiento de los miembros del órgano de dirección, ejercerá cierto poder de gestión, aunque sea de forma indirecta.

⁹²⁸ La interferencia del órgano de control en las funciones del órgano de dirección viene determinada por las facultades de nombramiento y revocación de los miembros del órgano de dirección (artículo 39.2), por las de información y consulta (artículo 41) y por las de autorización de determinadas operaciones (artículo 48) que compete al órgano de control, pero de las que, en última instancia, resulta ser responsable el órgano de dirección.

⁹²⁹ Según lo dispuesto en el artículo 52 del RESE la Junta decidirá en primer lugar sobre aquellos asuntos respecto de los cuales el RESE le confiere “competencias específicas”, en segundo lugar la competencia de la Junta general vendrá determinada por “las disposiciones de la legislación del Estado

Debo señalar que en España tanto la doctrina como la jurisprudencia⁹³⁰ han venido admitiendo cláusulas estatutarias en virtud de las cuales ciertas decisiones, que pueden ser consideradas de “administración extraordinaria”⁹³¹, deben someterse a la autorización previa de la Junta general, lo que, indudablemente, contribuye a acrecentar el problema de delimitación de competencias en nuestro Derecho de sociedades.

En cuanto a la delimitación del contenido concreto de las facultades integrantes de la función de gestión el RESE guarda silencio. En España, al carecer de legislación sobre el sistema dual, podía el legislador haber adoptado las oportunas previsiones al respecto, pero la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, se ha limitado a disponer que: “la gestión y la representación de la sociedad corresponden a la Dirección”⁹³² por lo que, en aras a concretar de alguna forma la actividad que dicha gestión implica, deberemos conectar con el objeto social, entendiendo que la

miembro en que tenga su domicilio social la SE, adoptadas en aplicación de la Directiva 2001/86/CE” y en tercer lugar decidirá “en 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 encuentre el domicilio social de la SE, ya sea en virtud de la legislación de dicho Estado miembro, ya sea con arreglo a los estatutos conforme a ésta”. Véase en relación con las competencias de la Junta: ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., págs. 224-225; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Junta general”, ya cit., págs. 766-767.

⁹³⁰ Véase la RDGRN de 25 de abril de 1997 (RJ 1997/3597 de Aranzadi), BOE, número 129, de 30 de mayo de 1997, que en el fundamento de derecho segundo recoge que “...en el caso debatido, el objeto social de la entidad no se define mediante la especificación de un concreto sector de la actividad económico-social sino que está constituido por la explotación, en forma societaria, de unos concretos y significados bienes aportados al haber social, de modo que su permanencia en el mismo aparece no solo como condición «sine qua non» para la viabilidad del propio objeto social, sino como elemento básico y determinante del contrato social y de la subsistencia misma del nuevo ente constituido (cfr. artículo 260.3 de la Ley de Sociedades Anónimas). Es evidente, pues, que cualquier actuación que implique de presente –o pueda implicar en lo sucesivo– la salida de esos bienes del patrimonio social excede inequívocamente de las facultades representativas del órgano gestor, entrando en la esfera competencial del órgano soberano de la sociedad, la Junta general...”.

⁹³¹ En relación con esta materia, la Recomendación número 3 del Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas enumera las decisiones que, en todo caso, deben someterse a la aprobación o ratificación de la Junta general, aunque no lo exijan de forma expresa las leyes mercantiles. Se refiere a la transformación de sociedades cotizadas en compañías “holding” mediante “filiación” o incorporación a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad; la enajenación de activos operativos esenciales, cuando entrañe una modificación efectiva del objeto social; las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad; y las adquisiciones de otras sociedades de objeto totalmente ajeno al objeto social de la sociedad cuando la cuantía de la inversión represente un porcentaje superior al 20 por ciento del patrimonio consolidado de la sociedad adquirente. Véase CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., pág. 324. Según recoge MATEU DE ROS CERREZO, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, ya cit., págs. 150-151: “la recomendación viene a postular que, además de esas competencias típicas, la Junta general debe autorizar las modificaciones sustanciales del negocio principal (*core business*) de la compañía que no procede que sean adoptadas por los administradores sin el consentimiento previo de los accionistas. Es el supuesto, entre otros de la denominada «filiación» de actividades que supone la segregación de una parte del negocio de la sociedad y lo aporta o asigna a otra u otras sociedades dependientes o no de la primera, que podría incluso reputarse como un supuesto análogo a los que conforme a la Ley de Sociedades Anónimas requieren autorización de la Junta general al constituir una «modificación estructural» –en el sentido de la doctrina alemana– del objeto social. No se trata de elevar a la Junta operaciones societarias de gran importe económico o de especial complejidad..., sino únicamente las operaciones que entrañen la modificación de facto del objeto de la sociedad o la liquidación de la misma... Si la sociedad decide adoptar la recomendación que analizamos la debe incorporar necesariamente a los estatutos sociales como norma interna esencial de definición de las funciones de la Junta general y del Consejo de administración”.

⁹³² En efecto, el artículo 330.1 del TRLSA (actual artículo 479.1 de la Ley de sociedades de Capital) atribuye a la Dirección la gestión de las SE domiciliadas en España pero sin delimitar, aunque sea de forma general, las facultades que integran la función de gestión que le viene encomendada.

gestión debe de concretarse en una serie de actuaciones tendentes a la consecución, de la manera más eficaz posible, del objeto social y, por tanto, en este ámbito se comprenden (dejando a salvo la posibilidad de incluir disposiciones estatutarias de reserva de autorización de determinadas medidas por disposición legal o por facultad conferida a otros órganos⁹³³ y la eventual delegación de facultades), tanto los actos de administración ordinaria (planificación, ejecución, control, la determinación de políticas de producción, financiación, personal, etc.), como los de carácter extraordinario (operaciones inmobiliarias, hipotecas, participación en otras sociedades, constitución de filiales, etc.).

Además, deben de entenderse aplicables a los miembros de la Dirección las normas sobre deberes de los administradores de las sociedades anónimas de nuestra Ley de Sociedades de Capital y por tanto, la Dirección estará obligada a realizar cuantos actos fueran precisos para la inscripción de la SE en el registro correspondiente; a gestionar y custodiar los libros de la sociedad; a convocar la Junta general; a preparar y ejecutar los acuerdos de la Junta general, elaborando los oportunos informes y proyectos previos; deberá formular las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación de resultados y efectuar el depósito de cuentas en el correspondiente registro⁹³⁴; convocar la Junta cuando concurren determinadas causas de disolución, a efectos de que se adopte el correspondiente acuerdo de disolución o se inste la solicitud de concurso de la SE y, en su defecto, solicitar la disolución judicial de la sociedad o el concurso de la misma⁹³⁵.

B. REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD

El RESE, a diferencia de anteriores proyectos⁹³⁶, no hace referencia alguna al poder de representación de la SE frente a terceros y, por tanto, de acuerdo con lo establecido en el sistema de fuentes⁹³⁷, a fin de determinar quien ostenta el poder de representación, los modos de organización y ejercicio de dicho poder y, el ámbito y límites del poder de representación, deberemos acudir, en primer lugar a las disposiciones específicamente adoptadas por el legislador nacional para las SE y, en segundo lugar, al Derecho nacional aplicable a las sociedades anónimas del domicilio de la SE.

⁹³³ Así, el artículo 48.2 del RESE que faculta a los Estados miembros para determinar las categorías de operaciones sujetas a autorización del órgano de control que, como mínimo, deben figurar en los estatutos de la SE, y el 48.1, párrafo segundo que autoriza a los Estados miembros para disponer que el órgano de control pueda someter a su autorización determinadas categorías de operaciones.

⁹³⁴ Véanse los artículos 279 y 457 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 218 y 314 del TRLSA). El artículo 279 establece la obligación de depositar, dentro del mes siguiente a su aprobación, las cuentas anuales en el Registro Mercantil del domicilio social, por su parte, el artículo 457 establece que “3. Los actos y datos de una sociedad anónima europea con domicilio en España deberán hacerse públicos en los casos y forma previstos en las disposiciones generales aplicables a las sociedades anónimas”.

⁹³⁵ CUENCA GARCÍA A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., pág. 293.

⁹³⁶ Esta temática se trataba en los artículos 65 y 67 del Proyecto de 1970 y en el artículo 65 del Proyecto de 1975, atribuyendo a cada miembro del órgano de dirección el poder de representación de la sociedad; en relación con el poder de representación y su regulación en el Proyecto de 1975 puede consultarse ESTEBAN VELASCO, G., “La representación de la sociedad frente a terceros”, ya cit., págs. 268-275 y 287-290. En el Proyecto de 1989, el artículo 62.1 atribuía la representación al órgano de dirección y el artículo 71 preveía, sin perjuicio de la libertad estatutaria, la forma de ejercicio “a título colectivo” y declaraba la inderogabilidad del poder de representación y la irrelevancia externa del objeto social. En el Proyecto de 1991, artículo 62.1, se sustituye la regulación anterior por una remisión específica del régimen del poder de representación a las disposiciones del Estado del domicilio social de la SE, adoptadas en aplicación de la Directiva 68/151/CEE.

⁹³⁷ En materias no reguladas por el RESE o reguladas sólo en parte, respecto a los aspectos no cubiertos, las SE se regirán en primer lugar, por las disposiciones específicas que adopten los Estados miembros para este tipo societario y en segundo lugar, por las disposiciones que sean de aplicación a las sociedades anónimas nacionales (artículo 9.1.c) i), ii) del RESE).

El Derecho societario español carece de una normativa reguladora del sistema dual y, en consecuencia, según lo dispuesto en el RESE, deberán de adoptarse las pertinentes disposiciones al respecto en relación con las SE⁹³⁸. La Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España atribuye a la Dirección el poder de representación de la SE frente a terceros⁹³⁹ y, por tanto, la Dirección representará a la SE en sus relaciones con terceros de manera exclusiva y excluyente. También regula, esta Ley, el ámbito y límites del poder de representación externa indicando, expresamente, que “cualquier limitación a las facultades de los directores de las SE, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros”⁹⁴⁰ y que “la titularidad y el ámbito del poder de representación de los directores se regirán conforme a lo dispuesto para los administradores en esta Ley”⁹⁴¹.

⁹³⁸ En efecto, el artículo 39.5 del RESE faculta a los Estados miembros que desconozcan en sus legislaciones el sistema dual para adoptar las disposiciones que fueran pertinentes para la regulación de dicho sistema, con el fin de garantizar la libre elección de las SE por uno de los dos sistemas establecidos por el RESE (se está otorgando, por tanto, una autorización genérica, a dichos efectos), y a mayor abundamiento, el artículo 68.1 del RESE dice que los Estados miembros adoptaran todas las disposiciones adecuadas para garantizar la aplicación efectiva del Reglamento.

⁹³⁹ Lo cierto es que el artículo 479.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 330.1 del TRLSA) preceptúa para las SE que decidan establecerse en España y opten por el sistema de administración dual que “la gestión y representación de la sociedad” corresponderá al órgano de dirección. Se establece, por tanto, una clara atribución legal de la representación.

⁹⁴⁰ A tenor de lo dispuesto en el artículo 479.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 330.2 del TRLSA). Según lo establecido en el artículo 9.2 del RESE las disposiciones que específicamente adopten los Estados miembros para las SE deberán ser conformes con las directivas aplicables a las sociedades anónimas. En consecuencia, la regulación efectuada, respecto a los límites del poder de representación externa, por nuestra Ley 19/2005 está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Primera Directiva que declara que no serán oponibles a terceros, incluso si se hubieran publicado, las limitaciones a los poderes de los órganos de la sociedad, resultantes de los órganos competentes (de lo que se deriva la eficacia puramente interna de cualquier tipo de límites). No obstante, el apartado 1 del citado artículo 9 contiene un límite en cuanto a los “actos que excedan los poderes que la ley atribuye o permite atribuir a estos órganos”, en relación con dicho límite, según recoge POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 167-168, la interpretación consagrada en la doctrina comunitaria estima que “sólo pueden considerarse límites expresos al poder de representación aquellas disposiciones legales que atribuyen un determinado acto a otro órgano o exigen la intervención de otro órgano para que la decisión del órgano de representación sea eficaz frente a terceros, de tal modo que no baste la publicación de los estatutos – que para la reserva de exoneración excluye también expresamente el segundo párrafo del propio apartado – para su conocimiento. De acuerdo con ello, si la ley, al efectuar la atribución orgánica de competencias se limita a fijar el límite de la representación en el objeto social, esta limitación solo tendría carácter interno y no afectaría a terceros, ya que la pertenencia o no del acto al objeto social no depende de la ley, sino de los estatutos sociales, de tal manera que, conforme al párrafo primero del apartado 1 del artículo 9, la sociedad quedara obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si exceden del objeto social, a menos que dichos actos excedan los poderes que la ley atribuye o permite atribuir a estos órganos, es decir, los límites legales de atribución o de intervención de otro órgano para determinados actos que aquí no parecerían expresados... para determinar si lo actuado por el órgano de representación vincula a la sociedad o, por el contrario, es oponible frente a los terceros, el criterio sería el de si el acto realizado viene expresamente determinado –no de una forma genérica– en la ley para conocimiento general, de tal modo que si el acto en cuestión viene expresamente atribuido a otro órgano o necesita de su concurso para su realización, ello constituiría un límite legal expreso y, con independencia de si el acto excede o no el objeto social, la sociedad no resultaría obligada y el acto sería totalmente oponible frente a terceros, ya que estos no tendrían necesidad de acudir a la publicidad registral para conocer el poder de representación de los administradores respecto del acto en cuestión”. Véase, en este mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 210-211 y 230-232.

⁹⁴¹ Así viene determinado en el artículo 479.3 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 330.3 del TRLSA). La regulación de estos aspectos, en relación con las SE que decidan establecerse en España, se hace por remisión a lo previsto para los administradores en la Ley de Sociedades de Capital, esta Ley regula la titularidad de la representación en el artículo 233 en relación con el artículo 22.e) (antiguo artículo 128 del TRLSA en relación con el artículo 9.h) de dicho texto legal y el artículo 124.2 del Reglamento del Registro Mercantil) y el ámbito del poder de representación en el artículo 234 (antiguo artículo 129 TRLSA). El artículo 234.1, párrafo primero (antiguo 129.1) delimita el ámbito interno de la representación por

Por consiguiente, a tenor de lo dispuesto en la Ley 19/2005, la representación de la SE corresponderá a la Dirección y según lo previsto para los administradores en la Ley de Sociedades de Capital, la representación de la SE, en juicio y fuera de él, corresponderá a los administradores en la forma determinada por los estatutos. Ahora bien, la atribución del poder de representación se regirá por unas determinadas reglas en función de la configuración del órgano de administración. En el supuesto del administrador único, indudablemente, corresponderá a éste la representación de la sociedad, en el caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponderá a cada administrador, en el caso de administración conjunta (dos administradores mancomunados), el poder de representación se ejercerá mancomunadamente y en el caso de que el órgano de administración se configure de forma colegial (Consejo), el poder de representación corresponde a éste, sin perjuicio de que estatutariamente se pueda atribuir el poder de representación a uno o varios de sus miembros o a una Comisión ejecutiva; en todo caso, la delegación tendrá carácter orgánico⁹⁴².

Ahora bien, la regulación contenida a efectos de representación para los administradores de las sociedades anónimas en nuestra Ley de Sociedades de Capital, deberá ponerse en relación con lo preceptuado, tanto en el Reglamento del Registro Mercantil⁹⁴³, como en la Ley 19/2005⁹⁴⁴, que determinan a quién debe atribuirse el poder de

referencia al objeto social y establece un límite mínimo estatutario que, aunque no despliegue eficacia frente a terceros, si constituirá un límite frente a los propios administradores. Tal y como recogen BOQUERA MATARREDONA, J. y LATORRE CHINER, N., “Distribución y conflictos de competencias en la sociedad anónima no cotizada”, ya cit., pág. 57, “la opción del legislador ha provocado, de un lado, que en el ámbito judicial y registral siga manteniéndose la engorrosa teoría de los actos necesarios, contrarios, neutros o polivalentes al objeto social; y, de otro, que continúen sin resolverse importantes cuestiones en relación con la libertad de configuración estatutaria, como, por ejemplo, la de dilucidar si el artículo 129 (actual artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital) es imperativo o permite, por el contrario, que se faculte a los administradores para actuar al margen del objeto social”. El apartado 2 del artículo 234 (párrafo segundo del antiguo artículo 129 del TRLSA) establece, según recoge POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 174, “una regla general de ilimitabilidad total de las competencias y poderes de representación frente a terceros y una excepción de oponibilidad ciertamente restringida”.

⁹⁴² Según lo establecido en el artículo 233 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículo 128 y 9.h) del TRLSA y 124.2 del Reglamento del Registro mercantil). En cuanto a la titularidad el artículo 233 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 128 del TRLSA) dice “que la representación de la sociedad en juicio y fuera de él corresponde a los administradores en la forma determinada en los estatutos...”, pero a renglón seguido, en el apartado 2, determina una serie de reglas por las que debe regirse la atribución del poder de representación, en función de cuál sea el órgano encargado de la administración. Las reglas que contiene están en consonancia con lo preceptuado en el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil, si bien, el citado apartado 2.d), último párrafo, del artículo 233 de la Ley de Sociedades de Capital, viene a recoger, expresamente, la práctica habitual de la delegación por parte del Consejo en una Comisión ejecutiva.

Sin embargo, el actual artículo 23.e) de la Ley de Sociedades de Capital sólo contiene la exigencia estatutaria de hacer constar “el modo o modos de organizar la administración de la sociedad” (posibilidad de alternancia de órganos introducida por la Ley 25/2011), mientras que el antiguo artículo 9.h) del TRLSA exigía que estatutariamente se hiciera constar el órgano al que se confía la administración de la sociedad determinado, además, los administradores a los que se confería el poder de representación, así como su régimen de actuación de acuerdo con lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas y en el Reglamento del Registro Mercantil. En definitiva, lo que ha venido a hacer nuestra actual Ley de Sociedades de Capital (artículo 233.2.) es clarificar y legalizar la regulación de la titularidad del poder de representación, en función de la forma en que este configurado el órgano social de administración, puesto que, la anterior regulación obligaba, a tales efectos, a poner en relación los artículos 128, 9.h) del TRLSA y 124.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

Por tanto, la titularidad del poder de representación corresponderá al órgano de administración, cuando éste adopte la forma de Consejo de administración, sin perjuicio de que dicho poder corresponda al órgano colegiado; estatutariamente se podrá atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto. Esta atribución subjetiva de la representación en un órgano delegado sólo tendrá lugar cuando la administración se confíe a un Consejo.

⁹⁴³ Concretamente, en el artículo 124.2 del Reglamento del Registro Mercantil. ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C. *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del*

representación en función de la estructura del órgano al que se confió la gestión de la sociedad.

Conforme a la citada Ley, los estatutos de una SE podrán estructurar su órgano de dirección de una de las siguientes formas: a) Director único; b) Varios directores que actúen solidariamente; c) Varios directores que actúen conjuntamente⁹⁴⁵; d) Consejo de dirección (que estará formado por un mínimo de tres miembros y un máximo de siete). Además, conforme al Real Decreto 659/2007, de 25 de mayo, por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, para su adaptación a las disposiciones de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea, en los supuestos en que se opte por un sistema de administración dual, se hará constar en los estatutos de la SE la estructura del órgano de dirección⁹⁴⁶.

En relación con el ámbito del poder de representación nuestra Ley de Sociedades de Capital precisa que se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social⁹⁴⁷, siendo ineficaz contra terceros, aunque este inscrita en el Registro Mercantil, cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores⁹⁴⁸. La misma previsión es recogida por la Ley 19/2005, en relación con una eventual limitación de las facultades de los directores de la SE⁹⁴⁹. Incluso, los actos de gestión realizados sin la oportuna autorización

Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores, ya cit., pág. 180, considera que: “no sería correcto aplicar extensivamente este artículo del Reglamento del Registro Mercantil, dado que la base conceptual del régimen del órgano de administración es distinta a la del órgano de dirección del sistema dual. Bien es cierto que, probablemente, la organización del órgano de dirección podría desglosarse en las mismas cuatro formas, pero el contenido de cada una de ellas –sus derechos y obligaciones- tiene que encajar con el órgano de vigilancia”.

⁹⁴⁴ Véase el artículo 331.1 del TRLSA (actual artículo 480 de la Ley de Sociedades de Capital). Nuestro legislador ha regulado de forma expresa las formas de organización del órgano de dirección del sistema dual y por tanto, las SE que decidan establecerse en España y opten por un sistema dual de administración deberán, mediante la correspondiente disposición estatutaria, establecer en qué forma van a organizar su órgano de dirección, conforme a lo dispuesto a estos efectos, por el legislador español. No obstante, apuntaré que se ha regulado de forma similar a lo establecido en el artículo 124.1. del Reglamento del Registro Mercantil para el órgano de administración de nuestras sociedades anónimas nacionales.

⁹⁴⁵ Considero que los varios directores realmente serán dos cuando actúen con carácter mancomunado, puesto que, el artículo 480.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 331.1 del TRLSA) dice explícitamente que “cuando la gestión se confie conjuntamente a más de dos personas estas constituirán un Consejo de dirección”. La redacción dada a éste artículo es similar a la contenida en el artículo 210.2 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con nuestras sociedades anónimas.

⁹⁴⁶ La exigencia de hacer constar la estructura del órgano de dirección se recoge tanto en el artículo 23 e) de la Ley de Sociedades de Capital –el apartado e) ha sido modificado por la Ley 25/2011 para recoger la posibilidad de alternancia de órganos– (antiguo artículo 9. h) del TRLSA), como en el artículo 124.5 del Reglamento del Registro Mercantil. Este apartado 5 se ha añadido mediante Real Decreto 659/2007, de 25 de mayo y textualmente señala que “si se opta por el sistema de administración dual, se hará constar en los estatutos la estructura del órgano de dirección...”.

⁹⁴⁷ Según lo establecido en el artículo 234.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 129.1 del TRLSA). De esta manera, el objeto social se convierte en un instrumento que permite precisar el ámbito de poder de representación de los administradores y pone de relieve la importancia que reviste el hecho de que en los estatutos sociales se efectúe una delimitación precisa de la actividad económico-empresarial a desarrollar, definiendo el ámbito interno de la representación; con la referencia al objeto social se está estableciendo legalmente un ámbito mínimo estatutario que no puede constituir limitación frente a terceros, pero sí ante los propios administradores.

⁹⁴⁸ A tenor de lo dispuesto en el artículo 234.1, párrafo segundo de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 129.1 del TRLSA). Efectivamente, cualquier cláusula interpuesta por los estatutos o por acuerdo de cualquier otro órgano que limite las facultades de representación de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros, pero sí tendrá eficacia en el orden interno.

⁹⁴⁹ Así se establece en el artículo 330.2 del TRLSA (actual artículo 479.2 de la Ley de Sociedades de Capital). El contenido de este artículo, relativo al poder de representación de los miembros del órgano de dirección de las SE españolas, recoge de forma similar a lo establecido para las sociedades anónimas

del Consejo de control serán inoponibles a terceros⁹⁵⁰, salvo que la sociedad pruebe que el tercero hubiera actuado en fraude o con mala fe en perjuicio de la sociedad⁹⁵¹.

Por lo tanto, en virtud de lo dispuesto en las disposiciones legales referenciadas, las limitaciones al poder de representación de la Dirección, bien establecidas en los estatutos de la SE, bien resultantes de las decisiones del Consejo de control (o de la Junta general, en su caso)⁹⁵², no serán oponibles a terceros que hayan actuado de buena fe. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir los miembros del órgano de dirección o, en su caso, los del órgano de control, frente a la SE⁹⁵³.

Pero nuestra legislación va aún más allá al establecer que la sociedad quedará también vinculada “frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social”⁹⁵⁴. Ahora bien, cuando el acto no esté comprendido en el objeto social se requiere que el tercero haya contratado de buena fe o sin incurrir en culpa grave; indudablemente, para que se presuma la buena fe será necesario que el tercero desconozca la divergencia existente entre el acto contractual y el objeto social y que, además, dadas las circunstancias, no estuviera obligado a conocerlo⁹⁵⁵.

nacionales, la ineficacia frente a terceros de cualquier limitación de las facultades de representación de la Dirección, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil.

⁹⁵⁰ Según lo preceptuado en el artículo 489 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 334 del TRLSA). Incluso en las operaciones que deban ser sometidas previamente a la autorización del Consejo de Control, la falta de dicha autorización será inoponible frente a terceros, salvo que la sociedad pruebe la mala fe o la actuación fraudulenta del tercero.

⁹⁵¹ Los Proyectos de 1970 y 1975 también recogían en su articulado disposiciones relativas a la inoponibilidad frente a terceros por los actos realizados por el Comité de dirección o por las personas investidas de un poder general de representación, aun cuando dichos actos no pertenecieran al objeto social, con la salvedad de los casos en que sus actuaciones sobrepasaran los poderes atribuidos al Comité de dirección por el propio estatuto de la SE (artículo 67 del Proyecto de 1970 y artículo 65.3. del Proyecto de 1975).

⁹⁵² En cuanto a ciertos actos que pueden requerir autorización previa de la Junta general, véase POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 181-182, este autor dice que “...la Ley, si bien no llega a atribuir ningún acto a la competencia de otro órgano..., si requiere en cambio, en ciertos casos el previo acuerdo de otro órgano para la eficacia frente a terceros de lo actuado por el órgano de representación; se exige así la autorización previa de la Junta general: para las adquisiciones onerosas llevadas a cabo durante los dos primeros años de la vida social; para la adquisición de las acciones propias y para la aceptación en garantía de las propias acciones..., no son límites a la representación sino competencias de la Junta general...Ello supone que, aun cuando tales actos estén comprendidos en el objeto social, la sociedad no quedará obligada por los mismos si no los ha autorizado previamente la Junta general a través del oportuno acuerdo, con independencia de su conocimiento por el tercero y de su buena o mala fe. Y si ello es así, no hay razón para que el artículo no formulara expresamente la salvedad en los mismos o parecidos términos que la Directiva”.

⁹⁵³ Según lo dispuesto en el artículo 490 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 335 del TRLSA). Puesto que las cláusulas estatutarias o los acuerdos de cualquier otro órgano que limiten los poderes de representación de los miembros de la Dirección no tienen eficacia externa, pero despliegan su eficacia en el ámbito interno.

⁹⁵⁴ Así se establece en el artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 129.2. del TRLSA). Esta disposición se corresponde con la norma de armonización opcional recogida en el artículo 9.1º *in fine* de la Directiva 68/151/CEE. Igualmente, la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, al regular el sistema dual ha dispuesto que “cualquier limitación a las facultades de los directores de las SE, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros” (artículo 479.2 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 330.2 del TRLSA–).

⁹⁵⁵ Entre los actos ajenos al objeto social se incluyen los “actos contrarios” entendiéndose como tales aquellos que impiden la realización del objeto social y que por tanto, en orden a la defensa de los intereses sociales, serán impugnables por los socios. BOQUERA MATARREDONA, J. y LATORRE CHINER, N., “Distribución y conflictos de competencias en la sociedad anónima no cotizada”, ya cit., pág. 87, recogen, en relación con este tipo de actos contrarios, algunas resoluciones de la DGRN, así la de 25 de abril de 1997 (RA 3597), a raíz de una cláusula estatutaria que declaraba la competencia privativa de la Junta general para determinados actos dispositivos, la Dirección entendió que la referencia al objeto social, como límite máximo de actuación de los administradores, no permitía incluir dentro de sus competencias “las actuaciones

Cierto es que la carga de la prueba corresponde a la sociedad⁹⁵⁶, pero si ésta prueba bien que el tercero sabía que el acto excedía del objeto social, o bien que teniendo en cuenta las circunstancias no podía ignorarlo, no quedará vinculada.

Señalaré, finalmente, que la atribución de la representación de la sociedad frente a los miembros de Dirección corresponde al Consejo de control⁹⁵⁷.

7. FUNCIONAMIENTO Y REMUNERACIÓN

En el RESE no existen normas específicas sobre el funcionamiento del órgano de dirección, dejando a salvo las disposiciones sobre quórum, toma de decisiones y voto de calidad del Presidente⁹⁵⁸, contenidas en la sección 3 relativa a las normas comunes a ambos sistemas de administración, de las que me ocupare más adelante.

El legislador español⁹⁵⁹ al regular el órgano de dirección del sistema dual para las SE que decidan establecerse en nuestro territorio determina que “...la organización, funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos del Consejo de dirección se regirá por lo establecido en los estatutos sociales y, en su defecto, por lo previsto en esta Ley para el Consejo de administración de las sociedades anónimas”⁹⁶⁰, dejando a salvo, claro está, lo

claramente contrarias al objeto social, esto es, las contradictorias o denegatorias del mismo”. Cualquier actuación que implique la salida de determinados bienes del patrimonio social excede, al entender del Centro Directivo, de las facultades representativas del órgano gestor, entrando en la esfera competencial del órgano soberano de la sociedad, la Junta general, no siendo ni siquiera imprescindible una previsión estatutaria que así lo establezca, y permitiendo en cualquier caso la inclusión de la cláusula debatida sin necesidad de la concreción de su eficacia a la esfera interna; la resolución de la DGRN de 17 de noviembre de 1998 (RA 9445) que denegó la inscripción de una hipoteca en garantía de deuda ajena constituida por el administrador único de la sociedad al entender que era precisa la autorización de la Junta general.

⁹⁵⁶ A pesar de que la publicidad del Registro Mercantil implica una presunción de conocimiento por parte de terceros, no debemos de olvidar que los artículos 234.2 y 479.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 129.2 y 330.2 del TRLSA) vienen a negar, expresamente, tal presunción, por lo que, corresponderá a la sociedad probar dichos extremos por otros medios como pueden ser la notoriedad de la actividad empresarial desarrollada, la información suministrada por los administradores a la otra parte contratante o la eventual existencia de relaciones contractuales con el tercero. Véase MORILLAS JARILLO, M.J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, ya cit., pág. 78.

⁹⁵⁷ A tenor de lo previsto en el artículo 487 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 333.3 del TRLSA). Nuestro legislador al regular el sistema dual, para las SE que decidan establecerse en España, ha recogido expresamente que la representación de la sociedad frente a los miembros de la Dirección corresponde al Consejo de control.

⁹⁵⁸ El RESE, al regular el órgano control del sistema dual y el órgano de administración del sistema monista, establece que éstos elegirán un Presidente de entre sus miembros, puntualizando que en el supuesto de que la mitad de sus miembros hayan sido designados por los trabajadores, el elegido deberá de ser un miembro designado por la Junta general de accionistas (artículos 42 y 45 del RESE). No contiene, sin embargo, disposición alguna en cuanto al órgano de dirección del sistema dual; por tanto, al ser está una materia no regulada, deberemos de acudir en primer lugar a lo previsto, específicamente, por el legislador nacional para las SE que decidan establecerse en España y en virtud de dichas disposiciones, la organización del Consejo de dirección se regirá por lo establecido en los estatutos sociales y en su defecto, será de aplicación lo previsto para el Consejo de administración de nuestras sociedades anónimas (artículo 483 de la Ley de Sociedades de Capital; antiguo artículo 331.2 del TRLSA). Ahora bien, en las disposiciones comunes a ambos sistemas de administración el artículo 50.2. del RESE declara que a falta de disposición estatutaria el Presidente de “cada órgano” tendrá el voto de calidad en caso de empate.

⁹⁵⁹ A tenor de lo previsto en el artículo 483 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 331.2. del TRLSA) la organización, funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos del Consejo de dirección se encomiendan a la libertad estatutaria y a la autonomía organizativa del propio órgano, de forma que se regirá por lo dispuesto estatutariamente y en su defecto, será de aplicación lo previsto en nuestra Ley de Sociedades de Capital para nuestras sociedades anónimas.

⁹⁶⁰ Nuestra Ley de Sociedades de Capital dedica específicamente al Consejo de administración los artículos 242 a 251 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 136 a 143 del TRLSA). A la organización y funcionamiento de dicho órgano dedica el artículo 245.2 (antiguo artículo 141.1 del TRLSA), a

dispuesto en el RESE sobre esta materia que, obviamente, prevalecerá sobre lo previsto en nuestra Ley de Sociedades de Capital. Por consiguiente, salvo que estatutariamente se disponga otra cosa, será el propio órgano colegiado el que regule su propio funcionamiento estableciendo las normas de organización y funcionamiento interno del Consejo de dirección.

Dentro de las funciones de organización se alude expresamente a la de “designar a su Presidente”,⁹⁶¹ pero no se contiene referencia a otros cargos como Vicepresidente,⁹⁶² Secretario⁹⁶³, Vicesecretario⁹⁶⁴, a los que sí hace referencia el Reglamento del Registro

la convocatoria del Consejo, el artículo 246 (antiguo artículo 140.1. del TRLSA), a la constitución del Consejo, el artículo 247.2. (antiguo artículo 139 del TRLSA), a la adopción de acuerdos, el artículo 248 (antiguo artículo 140 del TRLSA), a la delegación de facultades, el artículo 249 (antiguo artículo 141 del TRLSA), a las actas, el artículo 250 (antiguo artículo 142 del TRLSA). Sin embargo, hay que tener en cuenta que en las materias reguladas por el RESE, esto es, las relativas al quórum tanto de constitución como de toma de decisiones, voto de calidad del Presidente (artículo 50), si los estatutos no establecen ninguna previsión, será de aplicación lo previsto en el RESE, puesto que, dicho texto legal esta confiando la regulación de estas materias a la autonomía de la voluntad expresada a través de los estatutos sociales y en su defecto, habrá que acudir a las disposiciones que contiene su artículo 50, con preferencia a lo establecido en las legislaciones nacionales.

⁹⁶¹ En efecto, según lo dispuesto para el Consejo de administración de nuestras sociedades anónimas en el artículo 245.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1 del TRLSA), que será de aplicación al órgano de dirección de las SE que decidan establecerse en España, dejando a salvo la posibilidad de que los estatutos se ocupen de la designación del Presidente, el mencionado artículo establece que el nombramiento de dicho cargo corresponderá al Consejo de dirección, si bien, la elección debe recaer en uno de sus miembros, no cabe la designación en quien no sea miembro del órgano. La destitución también será competencia del Consejo de dirección, aunque hay que tener en cuenta que dado que la competencia para el nombramiento y revocación de los miembros del Consejo de dirección corresponde al Consejo de control, la revocación de su condición de miembro del órgano de dirección acarreará su destitución en el cargo; sus funciones, normalmente, estarán referidas al buen funcionamiento del Consejo de dirección cuidando el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias, por lo demás, le corresponderá convocar las reuniones con la regularidad prevista en los estatutos sociales y cuando lo considere conveniente o sea requerido para ello a solicitud del número de miembros previsto en los estatutos o reglamentos internos o según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 246 de la Ley de Sociedades de Capital (redactado de conformidad con la Ley 25/2011, que ha venido a modificar el contenido del indicado artículo) a solicitud de un tercio de los miembros del consejo (artículo 246 de la Ley de Sociedades de Capital; antiguo artículo 140 del TRLSA), verificará su válida constitución, tendrá el voto de calidad en caso de empate (artículo 50 del RESE), dirigirá las reuniones, cuidará de que se faciliten las informaciones que fueran necesarias para el buen desarrollo de las reuniones, velará para que el Secretario levante las actas que deberán consignarse en el correspondiente libro de actas y las legalizará mediante su firma otorgando el visto bueno (artículos 250 de la Ley de Sociedades de Capital – antiguo artículo 142 del TRLSA– y 99 del Reglamento del Registro Mercantil). Véase en relación con la figura y funciones del Presidente del Consejo de administración de las sociedades anónimas SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 535-541; POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 457-459.

⁹⁶² Nuestra Ley de Sociedades de Capital no contiene ninguna referencia expresa al Vicepresidente del Consejo de administración, puede entenderse implícitamente la referencia a esta figura cuando recoge en el artículo 246 (antiguo artículo 140.1 del TRLSA) que el Consejo será convocado por el Presidente “o el que haga sus veces”; el Reglamento del Registro Mercantil se refiere al Vicepresidente en su artículo 146. No obstante, hay que tener en cuenta que el nombramiento de esta figura entraría dentro de las facultades de regulación que corresponden al propio órgano. En consecuencia, no veo inconveniente para que el Consejo de dirección pueda designar a uno de sus miembros (puesto que al igual que el Presidente tiene que ser miembro del Consejo de dirección) para que ocupe dicho cargo, a falta de disposición estatutaria. Sus funciones pueden estar determinadas en los estatutos, pero si no lo estuvieran, su principal función será la de sustituir al Presidente cuando por cualquier motivo no pueda ejercitar su labor, limitándose a desempeñar las funciones propias del cargo (así le corresponderá la convocatoria de las reuniones –artículo 246 de la Ley de Sociedades de Capital; antiguo artículo 140.1 del TRLSA–, la de certificar los acuerdos –artículo 109.1.a) del Reglamento del Registro Mercantil–). SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 541-542.

⁹⁶³ La Ley de Sociedades de Capital se refiere al Secretario como la persona que firmará las actas de las reuniones que deberán recogerse en el libro de actas (artículo 250 de la Ley de Sociedades de Capital – antiguo artículo 142 del TRLSA–); el Reglamento del Registro Mercantil menciona al Secretario como una de las personas facultadas para la certificación y elevación a público de los acuerdos (artículos 108 y 109). Su

Mercantil, en cualquier caso, además de la competencia que le corresponde para el nombramiento de los cargos del órgano colegiado, también podrá regular las funciones de dichos cargos dentro del marco señalado por la ley y los estatutos.

Por lo que respecta a la remuneración de los miembros del órgano de dirección, nada se dice en el RESE y el legislador nacional tampoco ha hecho previsión alguna al respecto, por lo que, según el sistema de fuentes del RESE⁹⁶⁵ deberemos acudir a lo previsto en los estatutos en función de lo establecido, tanto en la Ley de Sociedades de Capital, como en el Reglamento del Registro Mercantil⁹⁶⁶.

nombramiento, salvo que los estatutos dispongan lo contrario, corresponderá al propio Consejo de dirección, si bien, no se precisa que reúna la condición de miembro del órgano (artículo 109.1. a) del Reglamento del Registro Mercantil), asistirá a las reuniones con voz pero sin voto y su nombramiento podrá tener carácter indefinido. Le corresponderán funciones asesoras, será el encargado de redactar las actas y expedir las certificaciones de los acuerdos, de conservar las actas y documentos y de firmar las actas y certificaciones. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 542-544. En este mismo sentido VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada: legislación concordada, jurisprudencia y bibliografía*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 354-355, señala que “en la Ley de Sociedades Anónimas sólo existe una referencia al Secretario en el artículo 142 (actual artículo 250 de la Ley de Sociedades de Capital), y es el Reglamento del Registro Mercantil el que ha venido a imponer su existencia con carácter de permanencia, al atribuirle facultades documentadoras y certificadoras”. Seguidamente, y por referencia a la RDGRN de 19 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9122 de Aranzadi), añade que “ante esa parquedad normativa, serán los estatutos, y a falta de previsión en los mismos, el propio Consejo el que, dentro de la libertad de autoorganización que le confiere el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 245.2. de la Ley de Sociedades de Capital), los llamados a regular el discernimiento del cargo y fijación de las funciones que le correspondan. Dentro de esa libertad no cabe cuestionar la posibilidad de que, para el desempeño del cargo de Secretario del Consejo de administración, sea llamada una persona ajena al mismo, y así lo viene a reconocer el artículo 109.1.a) del Reglamento del Registro Mercantil. Admitido que el Secretario del Consejo de administración pueda no tener la condición de administrador, resulta evidente que no le alcanza de forma directa la limitación temporal que, para el ejercicio de este cargo, impone el artículo 126 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 221 de la Ley de Sociedades de Capital)...siempre podrá el Consejo, sujeto a periódica renovación, acordar su remoción por simple mayoría”.

En cuanto a la figura del Secretario, su evolución y funciones puede consultarse POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 500-512.

⁹⁶⁴ El Reglamento del Registro Mercantil prevé la posibilidad de que exista uno o varios Vicesecretarios, si existe más de uno deberá de establecerse un orden de prelación. Sus funciones serán las de sustituir al Secretario en caso de ausencia o imposibilidad del ejercicio del cargo por parte de éste. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 544-545.

⁹⁶⁵ Efectivamente, el artículo 9 del RESE establece que, respecto a las materias no reguladas o, si se trata de materias reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos, serán de aplicación, en primer lugar las disposiciones que específicamente haya adoptado el legislador en relación con las SE, en segundo lugar las disposiciones que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales y, en tercer lugar, las disposiciones estatutarias en las mismas condiciones que rijan para las sociedades anónimas nacionales.

⁹⁶⁶ Véanse los artículos 217 a 219 de la Ley de sociedades de Capital (antiguo artículo 130 del TRLSA) y artículo 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil. En principio, de acuerdo con lo previsto en nuestra legislación, el cargo de administrador será gratuito. Si se quiere retribuir habrá que hacerlo constar así en los estatutos sociales mediante la determinación del sistema de retribución (artículo 217.1 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 130 del TRLSA–); por su parte el artículo 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil dice que en los estatutos se hará constar el sistema de retribución de los administradores, si la tuvieren. La fijación del sistema de retribución de los administradores viene atribuida inderogablemente a los estatutos sociales, que tendrán plena libertad para su determinación; así, podrá consistir en una cantidad fija, en dietas, en una cantidad variable fijada sobre los beneficios, el volumen de ventas, la facturación, etc. Cuando la retribución consista en una participación sobre los beneficios se establece un límite, de forma que la participación correspondiente a los administradores sólo podrá ser detrída de los beneficios líquidos después de estar cubierta la reserva legal y la estatutaria, y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo mínimo del cuatro por ciento o superior, cuando así se haya establecido estatutariamente (artículo 218.2 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 130 del TRLSA–). También prevé nuestra legislación, que la retribución consista en la entrega de acciones, derechos de opción o bien, que se establezca con referencia al valor de las acciones, pero estos casos, además de estar expresamente previstos en los estatutos, requerirán de

No obstante, cabe plantearse en el sistema dual la posibilidad de que el órgano de control, en función del poder de representación que le atribuye el artículo 487 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 333.3 del TRLSA), sea el encargado de fijar la remuneración de los miembros del órgano de dirección⁹⁶⁷.

IV. EL ÓRGANO DE CONTROL

El sistema de administración dual se caracteriza, en cuanto a su estructura, por la existencia de un órgano de control al que se encomienda la función de vigilancia⁹⁶⁸. Así pues, el órgano de control tiene como función “controlar la gestión encomendada al órgano de dirección”. Se prohíbe, expresamente, que este órgano ejerza “por sí mismo el poder de gestión de la SE”⁹⁶⁹.

La regulación de este órgano se contiene, fundamentalmente, en dos artículos de la sección primera del Título III del RESE⁹⁷⁰, sin olvidar el artículo contenido en la indicada sección y título que recoge diversas disposiciones relativas a las relaciones entre el órgano de dirección y el de control, regulando las respectivas competencias y los deberes-derechos de información⁹⁷¹. Además, como ya he repetido en diversas ocasiones, la sección tercera de dicho Título III contiene una serie de normas comunes que son de aplicación a los miembros componentes de los diversos órganos, tanto por lo que respecta al sistema monista, como al sistema dual, normas a las que me referiré, más adelante, cuando me ocupe de las disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control.

El legislador español ha regulado el Consejo de control en cuanto a su funcionamiento, nombramiento y revocación de sus miembros, representación de la sociedad frente a los miembros de Dirección⁹⁷² y ha previsto que el Consejo de control

un acuerdo de la Junta general para su aplicación (artículo 219 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 130 del TRLSA–).

⁹⁶⁷ Los Proyectos de 1970 y 1975, disponían que el Consejo de vigilancia debía de celebrar en nombre de la sociedad un contrato con cada uno de los miembros del Comité de dirección en el que se fijaría el modo y la cuantía de su remuneración (artículo 63.1 en ambos Proyectos).

⁹⁶⁸ Esta función general de supervisión o vigilancia de la gestión encomendada a la Dirección, es una función exclusiva, pero no excluyente, ya que la Junta general de accionistas podrá seguir ejerciendo cierto control de la gestión, aunque sea de forma indirecta a través de la aprobación de las cuentas anuales y la censura de la gestión social, según lo preceptuado en el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 95 de la Ley de Sociedades Anónimas).

⁹⁶⁹ Según lo dispuesto en el artículo 40.1 del RESE “el órgano de control controlará la gestión encomendada al órgano de dirección...”. Por tanto, la función primordial del órgano de control será la de vigilar la gestión encomendada al órgano de dirección, sin que pueda ejercer por sí mismo el poder de gestión. Se marca así la diferencia entre el sistema de administración dual y monista, puesto que según lo establecido en nuestra legislación societaria, en un sistema monista con delegación de facultades el Consejo de administración no pierde las facultades delegadas y conserva, por tanto, la posibilidad de intervenir en la gestión y de impartir instrucciones.

⁹⁷⁰ En efecto, el artículo 40 del RESE se ocupa de la atribución de funciones, del nombramiento de los miembros del órgano de control y de su composición cuantitativa y el artículo 42 del RESE está referido a la elección del Presidente del órgano.

⁹⁷¹ Efectivamente, el artículo 41 del RESE está referido a las obligaciones de información que pesan sobre el del órgano de dirección y a las facultades que competen al órgano de control, tanto para solicitar a dicho órgano toda la información necesaria, como para llevar a cabo las comprobaciones pertinentes para el desempeño de las funciones de vigilancia que tiene encomendadas.

⁹⁷² Dicha regulación se recoge en los artículos 485 a 487 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 333 del TRLSA). El artículo 485 se ha limitado a declarar de aplicación al Consejo de control lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para el funcionamiento del Consejo de administración de nuestras sociedades anónimas, en cuanto no contradiga lo dispuesto en el RESE; el artículo 486 establece, dejando a salvo los derechos de las minorías y de los trabajadores, que los miembros del Consejo de control serán nombrados y revocados por la Junta general; el artículo 487 dispone que la representación de la SE frente a los miembros de la Dirección corresponde al Consejo de control.

pueda establecer que determinadas operaciones de la Dirección deban de someterse a su previa autorización⁹⁷³. También, nos encontramos con disposiciones comunes a ambos sistemas de administración, como son: la responsabilidad de los miembros de los órganos⁹⁷⁴ y la impugnación de acuerdos de los órganos⁹⁷⁵. Además, en la sección 3ª del Capítulo IV del Título XIII de la Ley de Sociedades de Capital (antigua subsección tercera de la sección tercera del Capítulo XII del TRLSA) se recoge la posibilidad de que el Consejo de control pueda convocar la Junta general de accionistas cuando lo estime conveniente para el bien social⁹⁷⁶.

La esencia del sistema dual es que el control de la gestión llevada a cabo por el Consejo de dirección, no se efectúa directamente por la Junta general de accionistas, sino por un órgano distinto, independiente y nombrado por la propia Junta, es decir, por el Consejo de control, órgano que tiene como función principal la de vigilar la observancia de las leyes y los estatutos, y el respeto a los principios de correcta administración, en particular la adecuación de la estructura organizativa, administrativa y contable de la sociedad y su concreto funcionamiento. Legalidad, ordenada organización y oportunidad económica son los criterios valorativos conforme a los cuales debe desempeñar su función

⁹⁷³ A tenor de lo dispuesto en el artículo 489 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 334 del TRLSA). Haciendo uso de la autorización específica contenida en el artículo 48.1, párrafo segundo del RESE, nuestro legislador ha dispuesto que “el Consejo de control podrá acordar que determinadas operaciones de la Dirección se sometan a su autorización previa...”

⁹⁷⁴ Materia de la que se ocupa el artículo 490 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 335 del TRLSA). En cuanto a la responsabilidad de los miembros de los diversos órganos de la SE, nuestro legislador se ha limitado a remitir esta importante materia a lo previsto para los administradores de nuestras sociedades anónimas. Hubiera sido deseable que, al menos, en relación con el sistema dual (sistema desconocido en nuestro ordenamiento jurídico-societario), se hubiera hecho una regulación más detallada y minuciosa, que sin duda hubiera contribuido a despejar las dudas que van a suscitarse en materia de responsabilidad de los miembros de los órganos, en función de su pertenencia al órgano de dirección o al Consejo de control.

⁹⁷⁵ La fórmula recogida por nuestro legislador, en el artículo 491 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 336 del TRLSA), para la impugnación de los acuerdos de los diversos órganos colegiados de la SE es similar a la prevista para la impugnación de los acuerdos adoptados por los órganos colegiados de nuestras sociedades anónimas, si bien, la legitimación se otorga a los miembros de cada órgano de la SE para impugnar los acuerdos del órgano “al que pertenezcan”.

⁹⁷⁶ Así se establece en el artículo 492.3 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 337.3. del TRLSA). Por su parte el artículo 54.2 del RESE determina que son competentes para convocar la Junta general “el órgano de dirección, el órgano de administración, el órgano de control, o cualquier otro órgano o autoridad competente, con arreglo a la legislación nacional aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio de la SE”. Nuestro legislador, al regular el sistema dual se ha ocupado de la convocatoria de la Junta general y ha otorgado dicha competencia a la Dirección y al Consejo de control, cuando éste lo estime conveniente para los intereses sociales (artículo 492.3 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 337.3 del TRLSA–) o cuando la Junta no fuera convocada dentro de los plazos establecidos por el RESE o los estatutos (artículo 492.2 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 337.2 del TRLSA–). En este sentido ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., “La convocatoria de la junta general de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España”, ya cit., pág. 15, dice que “...el artículo 54.2 *in fine* otorga igualmente la facultad para convocar la junta general a «cualquier otro órgano o autoridad competente». Luego la norma general que otorga la facultad para convocar la junta general de la SE con domicilio social en nuestro país al órgano encargado de la gestión de la sociedad tiene sus excepciones: a) el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 178 de la Ley de Sociedades e Capital) establece que se entenderá convocada la junta y quedará válidamente constituida siempre que esté presente todo el capital desembolsado y los asistentes acepten por unanimidad su celebración; b) el artículo 101 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 169 de la Ley de Sociedades e Capital) admite la posible convocatoria de la junta por el juez de primera instancia del domicilio social y; c) el artículo 304, párrafo segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 428 de la Ley de Sociedades e Capital) faculta al comisario del sindicato de obligacionistas para convocar la junta general de accionistas cuando la sociedad haya retrasado en más de seis meses el pago de los intereses vencidos o la amortización del principal y estime que deban ser sustituidos los administradores”.

el órgano de control según la doctrina y jurisprudencia de los países que conocen el sistema dual⁹⁷⁷.

La delimitación del ámbito de gestión sobre el que se efectuará el control, resulta de capital importancia en orden a depurar las posibles responsabilidades que puedan derivarse por un deficiente o negligente control⁹⁷⁸.

1. COMPOSICIÓN Y ORGANIZACIÓN

La Ley 19/2005⁹⁷⁹ determina que será de aplicación al Consejo de control lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital) para el funcionamiento del Consejo de administración de las sociedades anónimas, en cuanto no contradiga lo dispuesto en el RESE⁹⁸⁰.

Conforme al RESE⁹⁸¹ la composición cuantitativa de este órgano se fijará estatutariamente, indicando el número concreto de miembros o, en su caso, las normas para su determinación, pero se faculta a los Estados miembros para que puedan fijar, bien un número concreto o bien el mínimo, el máximo, o ambos⁹⁸².

En lo relativo a las formas de organización el RESE, al regular el órgano de control, hace referencia a “los miembros” de este órgano⁹⁸³ (por contraposición al regular el órgano

⁹⁷⁷ CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., pág. 313.

⁹⁷⁸ En virtud de lo dispuesto en el artículo 490 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo 335 del TRLSA), las disposiciones sobre responsabilidad previstas para los administradores de nuestras sociedades anónimas se aplicarán a los miembros de los órganos de administración, de dirección y del Consejo de control de la SE en el ámbito de sus respectivas funciones, de ahí la importancia de delimitar los cometidos de cada órgano.

⁹⁷⁹ La remisión que el artículo 333.1 del TRLSA –introducido por la Ley 19/2005– (actual artículo 485 de la Ley de Sociedades de Capital) efectúa a lo previsto para el funcionamiento del Consejo de administración de nuestras sociedades anónimas nos lleva a considerar que el Consejo de control se configura como un órgano colegiado, consideración que, además, se ve ratificada por el artículo 40.2 del RESE que utiliza el plural cuando se refiere a que “los miembros del órgano de control serán nombrados por...”.

⁹⁸⁰ La regulación del Consejo de administración de nuestras sociedades anónimas se contiene en los artículos 242 a 251 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 136 a 143 del TRLSA); estos artículos están referidos a la composición, el sistema de representación proporcional, la cooptación, la organización y funcionamiento del órgano, la convocatoria, constitución y adopción de acuerdos del órgano, la delegación de facultades, el acta del Consejo y la impugnación de los acuerdos del órgano. En materia de impugnación será de aplicación preferente, para las SE que decidan establecerse en España, lo previsto en el artículo 491 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 336 del TRLSA); igualmente, en lo tocante al nombramiento, al número de miembros del Consejo de control, al nombramiento del Presidente, a la constitución y adopción de acuerdos, habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 40.2 y 3, 42 y 50 del RESE que, obviamente, serán de aplicación preferente a lo dispuesto en nuestra Ley de Sociedades de Capital.

⁹⁸¹ A tenor de lo previsto en la primera frase del apartado 3 del artículo 40 del RESE, corresponderá a la autonomía de la voluntad, expresada a través de los estatutos, fijar el número de miembros del órgano de control o, al menos, las normas para su determinación. Se está otorgando, por tanto, un mandato de regulación a los estatutos con libertad de configuración concreta, dejando a salvo la posibilidad que se otorga a los Estados miembros para adoptar disposiciones específicas al respecto.

⁹⁸² Lo cierto es que se otorga a los Estados miembros una autorización con carácter específico y facultativa para fijar el número concreto de los miembros del órgano de control o bien un número mínimo, máximo, o ambos (en cuyo caso, se verá restringida la autonomía de la voluntad). Debo hacer notar que esta facultad otorgada a los Estados miembros en el artículo 40.3 del RESE para fijar el número de integrantes de este órgano no se concede para el caso de los miembros integrantes del órgano de dirección en el sistema dual, ni del órgano de administración en el sistema monista.

⁹⁸³ Efectivamente, de la redacción dada por el RESE a la regulación del órgano de control parece desprenderse que se está pensando en un órgano colegiado. En este sentido señala que “los miembros” del órgano de control serán nombrados por la Junta general, que “los miembros” del primer órgano de control podrán designarse en los estatutos (artículo 40.2), que los estatutos determinarán el número de “miembros” del órgano de control (artículo 40.3); igualmente al referirse a los derechos de información dice que “cada

de dirección, el RESE hace referencia al “miembro o miembros”⁹⁸⁴) y por tanto, a mi juicio está pensando en un órgano pluripersonal. Igualmente, la remisión efectuada por la Ley 19/2005 a las normas aplicables al Consejo de administración de las sociedades anónimas, me lleva a concluir que para las SE domiciliadas en España el Consejo de control se configura como un órgano colegiado. Ahora bien, podría ser discutible el número mínimo, pero la regla general, en los Estados miembros que regulan en su ordenamiento jurídico el sistema dual, es establecer para el órgano de control un mínimo de tres miembros⁹⁸⁵.

Sin embargo, cabe preguntarse si en los países que no conocen el sistema dual cabría fijar el número mínimo en dos. El RESE, al regular el órgano de administración de los sistemas monistas⁹⁸⁶, impone que en los supuestos de cogestión (con participación de los trabajadores en el seno del órgano de administración) este órgano deberá constar de un mínimo de tres miembros⁹⁸⁷; por tanto, y en coherencia con esta regulación, el número mínimo de miembros del Consejo de control, en los supuestos en que pasen a formar parte del órgano los trabajadores o sus representantes, será de tres, aunque el RESE no haya establecido previsión alguna a este respecto en lo tocante al órgano de control.

Reputados autores dan por sobreentendido que, por la condición de órgano colegiado, el Consejo de control contará al menos con tres miembros, por lo que para este órgano, que eventualmente es el órgano de cogestión en el sistema dual, la previsión legal relativa al mínimo establecido en el sistema monista para el órgano de administración en los casos de participación de los trabajadores, no es necesaria, ya que al ser precisamente el Consejo de control un órgano colegiado contará con al menos tres miembros. Además, destacan que para los Estados miembros que carecen de normativa para el sistema dual, parece conveniente fijar reglas de composición numérica similar a las previstas para el Consejo de administración en cuanto al mínimo y el máximo⁹⁸⁸.

A estos efectos, el legislador español, en la Ley 19/2005, establece que será de aplicación al Consejo de control lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital) para el funcionamiento del Consejo de administración de las

miembro” del órgano de control... (artículo 41.5) y además dispone que el órgano de control elegirá “de entre sus miembros” un Presidente (artículo 42).

⁹⁸⁴ En efecto, el artículo 39.2 del RESE hace referencia expresa a “el miembro” o los miembros del órgano de dirección, de lo que parece desprenderse la posibilidad de que el órgano de dirección tenga carácter unipersonal.

⁹⁸⁵ También, nuestra Ley de Sociedades de Capital, al igual que el Reglamento del Registro Mercantil, establece para el Consejo de administración un mínimo de tres miembros, artículo 242 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 9 h) y 136 del TRLSA) y artículo 124.1.d) del Reglamento del Registro Mercantil. Véase ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 568 donde recoge que “el RESE al tratar del órgano de administración en el sistema monista impone que deberá constar de un mínimo de tres en caso de que la participación de los trabajadores se lleve a su interior (de acuerdo con la Directiva 2001/86/CE), ya que cabe que disponga de un número inferior y que existan distintas formas de estructura del órgano de administración... hemos considerado que para el Consejo de vigilancia no se ha estimado necesaria una tal previsión legal sobre el número mínimo, ya que se parte de un órgano colegiado (única forma de estructura y funcionamiento), que contará con al menos tres miembros. En todo caso esa composición será ineliminable en el supuesto de participación de los trabajadores”.

⁹⁸⁶ Hay que tener en cuenta que cabe la posibilidad de que el órgano de administración de los sistemas monistas disponga de un número inferior de miembros y que además, existen distintas formas de estructurar el mismo, recordemos que el propio RESE hace referencia “al miembro” o a los miembros del órgano de administración (artículo 43.3).

⁹⁸⁷ Lo cierto es que el artículo 43.2, párrafo segundo del RESE, al referirse al número de miembros del órgano de administración del sistema monista, establece que “este órgano deberá constar de un mínimo de tres miembros cuando la participación de los trabajadores en la SE esté organizada de conformidad con la Directiva 2001/86/CE”.

⁹⁸⁸ ESTEBAN VELASCO, G., “Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea”, ya cit., pág. 74.

sociedades anónimas⁹⁸⁹; en consecuencia, y teniendo en cuenta que nuestro legislador no ha hecho uso de la posibilidad que el RESE concede a los Estados miembros para establecer el número de los miembros del órgano de control o un número mínimo, máximo, o ambos⁹⁹⁰ (pero sí ha determinado que será de aplicación a este órgano lo dispuesto para el funcionamiento del Consejo de administración de nuestras sociedades anónimas), pienso que el mínimo de miembros del Consejo de control para las SE domiciliadas en España será de tres⁹⁹¹. Estatutariamente podrá fijarse un número concreto (por supuesto, no inferior a tres) o un máximo y un mínimo (no inferior a tres) y/o las reglas para su determinación. La determinación del número concreto, cuando los estatutos establezcan solamente el máximo y el mínimo, corresponderá a la Junta general⁹⁹².

Por lo que respecta a la composición cualitativa, es decir, a los grupos o personas representantes de intereses que pueden acceder al órgano de vigilancia, según lo dispuesto en el RESE⁹⁹³ su composición variará en función, tanto de lo dispuesto en las diversas legislaciones nacionales sobre los derechos otorgados a determinadas personas, autoridades o grupos minoritarios de accionistas⁹⁹⁴, como de la modalidad de participación de los trabajadores que se pacte o que resulte de aplicación de las normas de referencia previstas en la Directiva 2001/86/CE⁹⁹⁵.

⁹⁸⁹ Por lo tanto, según lo dispuesto en el artículo 333.1 del TRLSA (actual artículo 485 de la Ley de Sociedades de Capital), habrá que considerar que son aplicables a las SE que decidan establecerse en España las disposiciones contenidas en los artículos 242 a 251 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 136 a 143 del TRLSA), aunque antes habrá que tener en cuenta las normas que contiene el RESE sobre el órgano de control, y en este sentido el artículo 242.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 136 del TRLSA) y 124.1.d) del Reglamento del Registro Mercantil establecen que el Consejo de administración estará formado por un mínimo de tres miembros.

⁹⁹⁰ En efecto, el artículo 40.3 del RESE establece que los estatutos determinarán el número de miembros del órgano de control o las normas para su determinación, pero autoriza a los Estados miembros para fijar bien un número concreto o un número mínimo, máximo, o ambos. Por tanto, este artículo contiene una autorización de configuración estatutaria con libertad de concreción pero limitada por la posibilidad de que los Estados miembros adopten disposiciones específicas al respecto.

⁹⁹¹ Según lo establecido en los artículos 210.2 *n fine* y 242.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 9.h), 136 del TRLSA) y 124.1.d) del Reglamento del Registro Mercantil. Todos estos artículos disponen que el Consejo de administración estará compuesto por un mínimo de tres miembros.

⁹⁹² A tenor de lo previsto en el artículo 242.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 123.1 de la Ley de Sociedades Anónimas). Este artículo establece que cuando los estatutos se limiten a fijar un número mínimo y un número máximo corresponde a la Junta general la determinación del número concreto.

⁹⁹³ Según lo dispuesto en el artículo 40.2. del RESE se atribuye a la Junta general la competencia para el nombramiento de los miembros del órgano de control, si bien, los miembros del primer órgano de control podrán ser designados estatutariamente y señala, además, que quedarán a salvo los derechos establecidos tanto en el artículo 47, como los que puedan corresponder a los trabajadores.

⁹⁹⁴ Deberemos de tener en cuenta que el artículo 47.4. del RESE hace referencia a los derechos de las minorías de accionista (artículo 243 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 137 del TRLSA–) y a los que pudieran corresponder a otras personas o autoridades en función de la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SE (puede entenderse comprendido en este apartado el sistema de cooptación recogido en el artículo 244 de nuestra Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 138 del TRLSA–).

⁹⁹⁵ Según lo dispuesto en los artículos 4.2.g) y 7. El apartado g) del artículo 4.2 se limita a contemplar la posibilidad de que las partes negociadoras decidan fijar normas de participación, señalando en tal caso la DITSE que los acuerdos se ocuparán, lógicamente, de fijar “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 tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a su designación, los procedimientos a seguir por los trabajadores para elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de tales miembros, así como sus derechos”. El artículo 7.2 y 3 determina cuales son las condiciones fijadas para la aplicación de las disposiciones de referencia para la participación, contenidas en la parte tercera del Anexo de la DITSE. Véase CASAS BAAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 1056.

En relación con las SE domiciliadas en España según lo preceptuado en la Ley 19/2005⁹⁹⁶, a efectos del nombramiento de los miembros del Consejo de control, deberá tenerse en cuenta, además de lo dispuesto en el RESE⁹⁹⁷, tanto lo previsto en la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas⁹⁹⁸, como en el artículo 137 la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 243 de la Ley de Sociedades de Capital)⁹⁹⁹.

Por tanto, para las SE domiciliadas en España nos encontramos con tres supuestos de composición cualitativa del Consejo de control:

- Composición de representantes de los accionistas elegidos por el sistema mayoritario.
- Composición de representantes de los accionistas, pero designados algunos de ellos (eventualmente todos¹⁰⁰⁰) según el sistema de representación proporcional del artículo 243 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas).
- Composición pluralista de representantes del accionariado y de los trabajadores, cuando la presencia de éstos en el órgano resulte pactada o impuesta de modo subsidiario.

Por último, debo señalar que en los supuestos de sociedades cotizadas que sigan las recomendaciones del gobierno corporativo, el tema de categorías de consejeros presenta determinadas peculiaridades respecto del Consejo de administración del sistema monista. Efectivamente, en el Consejo de control no hay consejeros ejecutivos, sólo hay consejeros “vigilantes”, por tanto, teniendo en cuenta que todos los miembros del órgano de control son

⁹⁹⁶ A tenor de lo dispuesto por el legislador español al regular el sistema dual para las SE que decidan establecerse en España, en el 333.2 del TRLSA (actual artículo 486 de la Ley de Sociedades de Capital) se recoge, en principio y sin perjuicio de las demás disposiciones que el mencionado artículo contiene, que “los miembros del Consejo de control serán nombrados y revocados por la Junta general...”.

⁹⁹⁷ Se refiere a lo previsto en los artículos 40.2 y 47.4 del RESE. El artículo 40.2 recoge la posibilidad de que los miembros del primer órgano de control puedan designarse en los estatutos y el artículo 47.4 establece el respeto a los derechos que las legislaciones nacionales concedan a las minorías de accionistas o a otras personas o autoridades, para el nombramiento de una parte de los miembros de los órganos.

⁹⁹⁸ La Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas fue publicada en el BOE número 250 de 19 de octubre de 2006. Mediante ésta Ley se ha procedido a trasponer a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2001/86/CE del Consejo de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la SE en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, tal y como se recoge en su disposición final tercera.

⁹⁹⁹ En efecto, el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 243 de la Ley de Sociedades de Capital) recoge el sistema de representación proporcional en la elección de los consejeros, mediante este sistema “las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción”.

¹⁰⁰⁰ Los fundadores de la sociedad pueden manifestar, en el momento de la constitución de la sociedad, su voluntad en orden a establecer una proporcionalidad en la constitución del Consejo de administración basada en los grupos de acciones que los accionistas posean dentro de la sociedad, si así se manifiesta en los estatutos o se hace constar en la escritura de constitución a la hora de designar a los primeros administradores (artículo 22.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 8. f) del TRLSA–). Si bien, no es frecuente que aparezca de forma expresa en la escritura, sino que es más habitual que se haga mediante un pacto parasocial o de forma tácita. Igualmente, podrá operar el sistema de forma global en un momento posterior a la constitución, mediante la utilización de métodos similares a los apuntados. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 498 y 507. Debo apuntar en relación con las SE, que cuando la implicación de los trabajadores se estructure mediante la participación de éstos en los órganos de administración o control, el sistema de representación proporcional no podrá operar de forma plena, puesto que determinados puestos de esos órganos serán ocupados por los representantes de los trabajadores.

no ejecutivos, resulta interesante la incorporación de miembros que en su mayoría sean independientes y que puedan ejercer sus funciones de control del órgano de dirección con autonomía¹⁰⁰¹. Independiente significa no tener ninguna relación con el negocio de la sociedad o con sus gestores, ni recibir beneficios o compensaciones de la sociedad, salvo la remuneración que públicamente les sea reconocida¹⁰⁰².

Obviamente, los distintos supuestos examinados, en cuanto a la composición de los miembros del órgano de control, conllevan variaciones respecto a los procedimientos seguidos para el nombramiento y revocación de sus componentes.

2. NOMBRAMIENTO Y REVOCACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL ÓRGANO DE CONTROL

Conforme a lo dispuesto en el RESE¹⁰⁰³ los miembros del órgano de control serán nombrados por la Junta general, pero la norma permite que los miembros del primer órgano de control puedan designarse en los estatutos¹⁰⁰⁴. Todo ello sin olvidar, como ya he

¹⁰⁰¹ Véase ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 569. En el mismo sentido CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., pág. 327, donde señala que “...pueden realizarse consideraciones similares a las relativas al Consejo de administración de sociedades cotizadas en el sistema monista, en relación a las normas sobre gobierno corporativo, siempre que se tenga en cuenta una importante peculiaridad: la ausencia de consejeros ejecutivos en el Consejo de control en el que sólo ha consejeros «vigilantes». Debería garantizarse, por tanto la presencia de consejeros independientes tan necesarios en la Dirección como en el Consejo de control”.

¹⁰⁰² En este sentido resulta de interés la Recomendación de la Comisión de 15 de febrero de 2005, relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los Comités de Consejos de administración o de supervisión, aplicables a las empresas que cotizan en bolsa (2005/162/CE), publicada en el DOCE, L-52, de 25 de febrero de 2005, que puede consultarse en la siguiente pág. web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:052:0051:0063:ES:PDF>. Concretamente en el Anexo II se hace referencia al perfil de los administradores no ejecutivos o supervisores y se recoge, de forma no exhaustiva, una serie de circunstancias que pueden servir de ayuda a la hora de fijar unos criterios de elección. En el punto 1 de este anexo se señala que “es imposible hacer la lista exhaustiva de todo lo que amenaza la independencia de los administradores; las relaciones o circunstancias que parecen pertinentes para determinarla pueden variar, hasta cierto punto, entre los Estados miembros y las empresas y las mejores prácticas a este respecto pueden evolucionar con el tiempo. Hay, no obstante, una serie de situaciones que se consideran con frecuencia pertinentes para ayudar al consejo de administración o de supervisión a determinar si un administrador no ejecutivo o supervisor es o no independiente, aunque se admite generalmente que la valoración de la independencia debe basarse más en el fondo que en la forma. En este contexto, se deben adoptar a nivel nacional cierto número de criterios aplicables en los consejos de administración o de supervisión”. Seguidamente se enumeran una serie de criterios que deben adaptarse al contexto nacional y como mínimo ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la independencia de los administradores. Tal y como señala RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *Los consejeros independientes de las sociedades de capital españolas*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008, pág. 139, “...la Recomendación de la comisión de 15 de febrero de 2005, arrojó la toalla... y ya dijo en su Anexo II.1 que «es imposible hacer la lista exhaustiva de todo lo que amenaza la independencia de los administradores», lo que, a su vez, generó un efecto indeseable de que la definición de consejeros independientes varía en los Estados miembros y con ello supuso un serio obstáculo a su armonización europea –y que demuestra bien a las claras el peligro que encierra la definición de esta figura y los problemas que ya por ello tiene su afianzamiento en las sociedades de capital españolas. La definición de consejero independiente es, pues, uno de sus principales problemas por causa de la complejidad que presenta su aprehensión...”, más adelante en la pág. 141, indica que “la independencia es una actitud, condición o estado mental de la persona, una ética o deontología profesional, una cualidad moral...”.

¹⁰⁰³ En efecto, el artículo 40.2 del RESE dispone, con carácter imperativo, que los miembros del órgano de control serán nombrados por la Junta general y por tanto, el RESE está otorgando, a estos efectos y con carácter general (ya que habrá que tener en cuenta tanto, los derechos de los trabajadores, como los que puedan corresponder a determinadas minorías de accionistas o a otras personas o autoridades –artículo 47.4 del RESE–) una competencia exclusiva y no delegable. Se observa, sin embargo, que no contiene ninguna previsión en cuanto a la revocación.

¹⁰⁰⁴ Tal previsión no se establece en el RESE para los primeros miembros del órgano de dirección. Me remito en lo tocante a esta materia, a lo dicho en el enunciado correspondiente al nombramiento y revocación

apuntado anteriormente, las facultades concedidas a otras personas o autoridades, bien por las disposiciones específicas de la SE, o bien por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros del domicilio de la SE y respetando las modalidades de participación de los trabajadores contempladas en virtud de la Directiva 2001/86/CE.

Según la legislación adoptada a estos efectos por el legislador español, los miembros del Consejo de control de las SE que decidan fijar su domicilio social en España serán nombrados y revocados por la Junta general¹⁰⁰⁵; sin perjuicio de lo regulado, tanto en el RESE, como en la Ley nacional sobre la implicación de los trabajadores y teniendo en cuenta, además, los derechos fijados para los accionistas según el sistema proporcional que recoge nuestra Ley de Sociedades de Capital¹⁰⁰⁶.

de los miembros del órgano de dirección (Capítulo cuarto, sección primera, apartado III, punto 5 de esta Tesis doctoral). Ahora bien, en relación con los miembros del órgano de control, el RESE permite, con carácter facultativo (los miembros del primer órgano de control “podrán”), que los miembros del primer órgano de control se designen en los estatutos; sin embargo en España tal posibilidad constituye un requisito que obligatoriamente deberá de hacerse constar en la escritura de constitución, a tenor de lo previsto, tanto en el artículo 22 e) de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 8 f) del TRLSA), como en el artículo 114.1.5º del Reglamento del Registro Mercantil. En consecuencia, la disposición contenida en el RESE, en cuanto a que los miembros del primer órgano de control puedan designarse en los estatutos, contrasta con lo previsto en nuestra legislación que al detallar el contenido mínimo de la escritura de constitución, incluye como mención obligatoria la identidad de los primeros miembros del órgano de administración. En opinión de algunos autores, la aplicación del artículo 8 f) de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 22 e) de la Ley de Sociedades de Capital) decaería a favor de la mera facultad que establece el RESE. Véase MORILLAS JARILLO, M. J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, ya cit., pág. 72. Opinión que comparto, puesto que debe de prevalecer lo establecido en el RESE por ser una materia expresamente regulada en dicho texto legal y por tanto, la designación estatutaria de los primeros miembros del órgano de control de las SE que decidan establecerse en España tendrá carácter facultativo según lo dispuesto en el artículo 40.2 del RESE donde se señala que “los miembros del primer órgano de control «podrán» designarse en los estatutos”.

¹⁰⁰⁵ Conforme a lo dispuesto en el artículo 486 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 333.2 del TRLSA). La redacción dada a este artículo por nuestro legislador nacional está en consonancia con lo dispuesto por el legislador comunitario. Si bien contempla la revocación indicando que, a tales efectos, dicha competencia será ejercitada por el mismo órgano social competente para el nombramiento, es decir, por la Junta general. De esta forma se asegura un mejor control sobre los miembros nombrados y se hace patente el principio de jerarquía de la Junta general y de subordinación de los miembros del Consejo de control a dicho órgano social; además, no se establece ningún límite a esta facultad (este principio de libre revocabilidad de los administradores también se contempla en el artículo 223.1 de la Ley de Sociedades de Capital, para nuestras sociedades anónimas).

¹⁰⁰⁶ Según lo dispuesto en el artículo 243 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 137 del TRLSA). En este supuesto puede presentarse una problemática ciertamente interesante, en relación con la revocación de los miembros así nombrados, pues entrarían en colisión el artículo 223.1 y 243.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 131 y 137 del TRLSA), aunque la mayor parte de la doctrina se inclina porque los miembros elegidos por las minorías de accionistas sean revocados por el mismo grupo que les nombró; ahora bien la Junta general podrá proceder a la revocación de los consejeros elegidos por las minorías cuando se dé la existencia de una justa causa para su destitución, con el fin de evitar que dichos consejeros sean inamovibles e impedir, igualmente, el posible abuso que puede producirse en el supuesto de que la minoría persista en mantener en el Consejo a administradores desleales o manifiestamente incompetentes. Véase POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 225-230. En opinión de SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 516-517: “...surge una contradicción evidente entre el sistema de representación proporcional que confiere a la minoría la posibilidad de designar algún miembro del Consejo de administración, frecuentemente en clara disidencia con la mayoría, y el que ésta tenga una facultad de separación de todos los vocales del Consejo de administración *ad nutum*. Esta contradicción que se explica teniendo en cuenta la formación histórica tanto del artículo 131 (actual artículo 223.1 de la Ley de Sociedades de Capital) como la del artículo 137 (actual artículo 243 de la Ley de Sociedades de Capital) debe salvarse, siguiendo a nuestra más autorizada doctrina, limitando la facultad de la Junta general a los supuestos en los que exista una justa causa, pues en otro caso la facultad conferida por la Ley a los accionistas agrupados sería absolutamente ilusoria si de forma inmediata la mayoría pudiera destituir a su arbitrio a los recién nombrados”.

El sistema proporcional de la Ley de Sociedades de Capital, al que expresamente hace referencia nuestro legislador al hablar del nombramiento de los miembros del Consejo de control, deberá de corregirse cuando se contemple la participación de los trabajadores en este órgano, ya que los puestos reservados para elección o designación por los trabajadores no formarán parte de la base sobre la que las minorías de accionistas podrán ejercer su derecho¹⁰⁰⁷.

La Ley 19/2005¹⁰⁰⁸ no contempla la posibilidad de nombrar a los miembros del Consejo de control por cooptación¹⁰⁰⁹ y tampoco regula la figura de los suplentes¹⁰¹⁰, por lo que parece que en caso de vacante de algún miembro del órgano de control, será la propia Junta general la que proceda a su sustitución, debiendo el Consejo de control convocar, inmediatamente, la Junta general para que se proceda al oportuno nombramiento¹⁰¹¹.

Otros autores consideran que la regulación del nombramiento de los miembros del órgano de control guarda un paralelismo total con la del órgano de administración del sistema monista, fácilmente comprobable por la regulación del RESE en esta materia¹⁰¹², y por lo tanto se muestran partidarios del nombramiento por cooptación de los miembros del órgano de control siempre que no existan suplentes previamente designados al efecto y se observen los límites o matices derivados, tanto del propio régimen de cooptación (el cooptado debe de ser accionista), como de la composición del Consejo de control, ya que habrá que tener en cuenta el eventual sistema de participación de los trabajadores, de modo que la cooptación pueda hacerse en las vacantes del grupo de miembros y sólo por éstos¹⁰¹³.

Personalmente me inclino por esta segunda opinión y considero aplicable a las SE domiciliadas en España, con las cautelas y requisitos apuntados, el mecanismo del

¹⁰⁰⁷ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., págs. 715 y 717.

¹⁰⁰⁸ En efecto, el artículo 486 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 333.2 del TRLSA) dice que los miembros del órgano de control serán nombrados y revocados por la Junta general y no contempla la aplicación del artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 138 del TRLSA) del nombramiento por cooptación. Véase CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., pág. 328.

¹⁰⁰⁹ Lo cierto es que el artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 138 del TRLSA), prevé, en los casos en que se produzca una vacante en el Consejo de administración, la posibilidad de que sus miembros designen entre los accionistas una persona para cubrir dicha vacante hasta que se reúna la próxima Junta general.

¹⁰¹⁰ Conforme a lo dispuesto en el artículo 216 de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 147.2 del Reglamento del Registro Mercantil, si los estatutos no establecen lo contrario, podrán ser nombrados uno o varios suplentes para el caso en que cesen por cualquier causa uno o varios administradores determinados, o todos ellos. En este caso, en la inscripción del nombramiento de los administradores, se indicará la identidad de los suplentes y, si son varios, el orden en que habrán de cubrir las vacantes que se produzcan. Asimismo, a tenor de la redacción que la nueva Ley de Sociedades de Capital ha dado al sistema de cooptación, éste sólo podrá ejercitarse en el supuesto en que no se hayan nombrado suplentes (artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 138 del TRLSA–); por tanto, contiene una clara alusión a la posibilidad de designar suplentes.

¹⁰¹¹ CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., pág. 329. No obstante, esta autora considera que también podría entenderse aplicable el artículo 147.2 del Reglamento del Registro Mercantil, conforme al cual, si los estatutos no establecen lo contrario, podrán ser nombrados uno o varios suplentes para el caso en que cesen por cualquier causa uno o varios administradores del Consejo de control determinados, o todos ellos.

¹⁰¹² Véanse los artículos 40.2 y 43.3 del RESE relativos al nombramiento de los miembros del órgano de control del sistema dual y al de los miembros del órgano de administración del sistema monista. A mayor abundamiento, debe de tenerse en cuenta la remisión que ambos artículos efectúan al 47.4, que legitima los nombramientos especiales en función de lo dispuesto en las legislaciones nacionales.

¹⁰¹³ QUIJANO GONZÁLEZ, J. “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., págs. 716-717.

nombramiento por cooptación previsto para las sociedades anónimas españolas en la Ley de Sociedades de Capital¹⁰¹⁴.

Por lo que respecta a la revocación de los miembros del órgano de control nada se dice en el RESE, por lo que siguiendo el sistema de fuentes, habrá que acudir a lo dispuesto a estos efectos en la legislación nacional del domicilio de la SE, pudiendo los Estados miembros, que no tengan recogido en su legislación el sistema dual, regular esta materia según consideren conveniente en virtud de la autorización que genéricamente les concede el RESE¹⁰¹⁵. En este sentido, el legislador español ha previsto que la revocación de los miembros del Consejo de control siga el mismo régimen que hemos visto para su nombramiento¹⁰¹⁶. En consecuencia, corresponderá a la Junta general tanto el nombramiento como la revocación de los miembros del Consejo de control.

3. FUNCIONES Y COMPETENCIAS DEL ÓRGANO DE CONTROL

La tarea primordial de este órgano es la de vigilar y controlar la gestión encomendada al órgano de dirección, pero también tiene importantes facultades de información, consulta y derechos de examen y revisión, todo ello en relación con las actuaciones llevadas a cabo por el órgano de dirección en el desarrollo de sus funciones.

Seguidamente procederé a un examen más detallado de las competencias del órgano de control.

A. VIGILANCIA DE LA GESTIÓN

Conforme a las disposiciones del RESE¹⁰¹⁷ la función básica del órgano de control es la de vigilar la gestión encomendada al órgano de dirección, puntualiza además dicho texto,

¹⁰¹⁴ A tenor de lo previsto en el artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 138 de la Ley de Sociedades Anónimas). Este artículo permite, cuando se hayan producido bajas imprevistas en el seno del Consejo (para poder ejercitar la cooptación el órgano de administración debe de ser colegial), con el fin de su reconstrucción y siempre que no se hayan designado suplentes, que los miembros del órgano nombren, de entre los accionistas, a la persona que vaya a ocupar la vacante hasta la próxima Junta general que se celebre. Hay que tener en cuenta, tanto el carácter facultativo de esta medida (el Consejo “podrá” designar...), como su excepcionalidad, ya que supone una interferencia en los poderes de la Junta general, por tanto en la primera Junta general que se celebre se procederá, bien a ratificar el nombramiento efectuado por cooptación o, bien a nombrar nuevos consejeros. En relación con la inscripción de este tipo de nombramientos será necesario hacer constar las circunstancias requeridas en el artículo 138 del Reglamento del Registro Mercantil (hace referencia a las circunstancias exigidas para la inscripción del nombramiento de administradores), pero además, se deberá de indicar el número de vacantes existentes en el Consejo antes de ejercitar la cooptación, el nombre y apellidos del titular anterior, el plazo para el que había sido nombrado y, la fecha y causa por la que se produjo la vacante (artículo 139 del Reglamento del Registro Mercantil), curiosamente no se hace ninguna referencia respecto a que el miembro cooptado debe de ser accionista.

¹⁰¹⁵ En efecto, el artículo 39.5 del RESE contiene una autorización genérica de regulación a los Estados miembros que desconozcan el sistema dual, en virtud de la cual podrán adoptar las medidas pertinentes en este sentido, a efectos de garantizar a las SE la plena efectividad del derecho de opción por cualquiera de los dos sistemas monista o dual. Ahora bien, tal y como recoge ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 530, la regulación así adoptada con carácter específico para la SE “dura en tanto no haya regulación nacional del sistema de administración y control con carácter general para las sociedades anónimas. A partir de ese momento habrá que establecer una «regulación paralela» para la SE y la sociedad anónima nacional en las cuestiones correspondientes”.

¹⁰¹⁶ Así se establece en el artículo 486 de la Ley de sociedades de Capital (antiguo artículo 333.2 del TRLSA), donde se recoge que “los miembros del Consejo de control serán nombrados y «revocados» por la Junta general...”.

¹⁰¹⁷ Lo cierto es que el artículo 40.1 del RESE recoge como principal misión del órgano de control la de vigilar la gestión encomendada al órgano de dirección, prohibiéndole el ejercicio directo de la gestión; en consecuencia, tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 573, resulta de particular importancia “en el marco del sistema dual delimitar bien el objeto de la

que el órgano de control no podrá ejercer por sí mismo el poder de gestión de la SE¹⁰¹⁸. Esta puntualización marca la diferencia entre el sistema de administración dual y monista, ya que según lo previsto en nuestra legislación¹⁰¹⁹ el Consejo de administración, aunque delegue facultades, no pierde por ello las facultades delegadas y mantiene la posibilidad de realizar los actos de gestión y representación que tenga por conveniente.

Por consiguiente, a tenor de lo previsto en la vigente legislación española, aún en los supuestos en que se produce una delegación de facultades en el sistema monista, que implica una separación entre las funciones de dirección o gestión, que se encomiendan a los miembros ejecutivos del órgano y, las funciones de control o vigilancia que competen a los miembros delegantes del órgano unitario, se debe de tener en cuenta que en las decisiones que incumben al pleno participan también los miembros ejecutivos de dicho órgano y que, además, dicho órgano dispone de poder de instrucción y conserva competencia concurrente en asuntos de gestión, lo que le permite atraer hacia sí actos comprendidos en las funciones delegadas¹⁰²⁰.

El sistema dual se caracteriza por atribuir la gestión al órgano de dirección y esa tarea es la que constituye el objeto de actuación del órgano de vigilancia¹⁰²¹, siendo las competencias de ambos órganos exclusivas de cada uno de ellos, pero no excluyentes, en cuanto que la Junta general de accionistas podrá seguir ejerciendo un control, siquiera indirecto, de la gestión a través de la aprobación de las cuentas anuales y la censura de la gestión social¹⁰²², el nombramiento de los miembros del órgano de control¹⁰²³, y además, controlará también la función de supervisión efectuada por el Consejo de control¹⁰²⁴.

vigilancia del órgano de este nombre, los criterios de ejercicio de esa función y los principales medios a través de los cuales realiza su función”.

¹⁰¹⁸ En este sentido el artículo 63 del Proyecto de 1970, se limitaba a señalar que el Consejo de vigilancia ejercía el control permanente de la gestión de la sociedad por el órgano de dirección. El Proyecto de 1975, añadía además, la posibilidad de que el Consejo de vigilancia diera su opinión al órgano de dirección, bien a petición de éste o por propia iniciativa, sobre toda cuestión importante para la sociedad (artículo 73.2) e, igualmente, indicaba la imposibilidad de intervención en la gestión social (artículo 73.3). El artículo 63 del Proyecto de 1989 se limitaba a indicar, simplemente, que el órgano de vigilancia no podía intervenir en la gestión de la sociedad y el Proyecto de 1991, en su artículo 63.1, recogía una redacción muy similar a la contenida en el artículo 40.1 del RESE.

¹⁰¹⁹ Véanse los artículos 233.2.d), 234 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 128 –en relación con el 9. h) – y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas) y 124.2.d) del Reglamento del Registro Mercantil. Estos artículos hacen referencia a la gestión y a la atribución del poder de representación en función de la forma en que se estructure el órgano al que se confía la administración de la sociedad, puntualizando que cuando la sociedad esté administrada por un Consejo corresponderá a éste el poder de representación sin perjuicio de que dicho poder sea atribuido a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto (delegación de facultades).

¹⁰²⁰ ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 573.

¹⁰²¹ Efectivamente, el artículo 40.1 del RESE hace referencia expresa, tanto a la función (de controlar) que corresponde al órgano de control, como al objeto sobre el que se ejerce tal función, esto es, la gestión que se atribuye al órgano de dirección (artículo 39.1). Tal y como señala AGUILÓ PIÑA, J. F., “La Sociedad Anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos”, ya cit., pág. 1864 “del artículo 40.1 se desprende que el órgano de control debe limitarse a controlar la gestión encomendada al órgano de dirección, sin que el mismo pueda ejercer, por sí mismo, el poder de gestión de la SE”.

¹⁰²² A tenor de lo previsto en el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 95 del TRLSA) compete a la Junta general ordinaria de accionistas, que se celebrará necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado.

¹⁰²³ Según lo dispuesto en el artículo 486 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 333.2 del TRLSA) “los miembros del Consejo de control serán nombrados y revocados por la Junta general”. Similar redacción, en cuanto al nombramiento de los miembros del órgano de control, se contiene en el artículo 40.2 del RESE.

¹⁰²⁴ Véase CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., pág. 312.

Una vez que se ha establecido la tarea de vigilancia como función básica del órgano de control, será necesario determinar su contenido, que estará en relación con las funciones y competencias que tenga atribuidas el órgano de gestión, según lo dispuesto a estos efectos, tanto en el RESE, como en el ordenamiento jurídico del domicilio de la SE. En este aspecto, hago una remisión a lo dicho en el apartado correspondiente a las funciones y competencias del órgano de dirección, si bien debo hacer hincapié en la importancia que tiene determinar el contenido de la gestión que debe ser objeto de vigilancia, pues, obviamente, esta cuestión será de crucial importancia a la hora de establecer responsabilidades por una negligente infracción del deber de vigilancia.

Para llevar a cabo esta función de vigilancia, propia del órgano de control, éste cuenta con diversos medios, como son: las facultades de nombramiento y revocación de los miembros del órgano de dirección¹⁰²⁵, las de información y revisión¹⁰²⁶, las de autorización de determinadas operaciones¹⁰²⁷ (que constituye una forma indirecta de gestión), pudiendo además, controlar las actividades llevadas a cabo por el órgano de dirección, mediante la revisión de balances, informes, etc. (control de la actividad realizada), e igualmente, podrá ejercer un control preventivo dando sus opiniones, prestando asesoramiento al órgano de dirección y autorizando determinadas operaciones¹⁰²⁸.

El legislador español al adoptar las pertinentes disposiciones para regular el sistema dual, desconocido en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de la autorización genérica concedida a estos efectos por el RESE¹⁰²⁹, se ha limitado a señalar que, dejando a salvo lo dispuesto en el RESE, en la Ley que regule la implicación de los trabajadores y lo establecido en el artículo 243 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 137 del TRLSA), los miembros del Consejo de control serán nombrados y revocados por la Junta

¹⁰²⁵ Dejando a salvo lo previsto en el art. 39.2 párrafo segundo del RESE. La facultad de nombrar y revocar a los miembros del órgano de dirección corresponde al órgano de control, aunque el RESE concede una autorización específica que faculta a los Estados miembros para establecer o permitir que los estatutos dispongan, que los miembros del órgano de dirección sean nombrados y revocados por la Junta general en las mismas condiciones que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales (párrafo segundo del artículo 39.2). El legislador español al regular la Dirección del sistema dual no ha hecho pronunciamiento alguno al respecto y por tanto, los miembros de la Dirección de las SE que decidan establecerse en España serán nombrados y revocados por el Consejo de control.

¹⁰²⁶ A tenor de lo previsto en el artículo 41 del RESE. Este artículo regula el flujo de información que tiene lugar entre ambos órganos en el sistema dual y recoge, tanto las obligaciones de información que pesan sobre el órgano de dirección, como los derechos que asisten al órgano de control para recibir, recabar y comprobar cuanta información considere necesaria para el buen desarrollo de las funciones que tiene encomendadas.

¹⁰²⁷ Según lo dispuesto en el artículo 48 del RESE, estatutariamente deberán enumerarse las categorías de operaciones que requieran autorización del órgano de control. También permite a los Estados miembros determinar las categorías de operaciones que como mínimo deban figurar en los estatutos e igualmente permite que los Estados miembros dispongan que en el sistema dual el propio órgano de control pueda someter a autorización determinadas categorías de operaciones. Nuestro legislador al regular el sistema dual ha establecido, en el artículo 489 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 334 del TRLSA), que el Consejo de control de las SE que decidan establecerse en España podrá acordar que determinadas operaciones de la Dirección se sometan a su autorización previa.

¹⁰²⁸ En el Proyecto de 1975, el artículo 73.2, hacía referencia expresa a esta posibilidad. Efectivamente, este apartado 2 señalaba que “el Consejo de vigilancia dará su opinión al Comité de dirección, a petición de éste o por propia iniciativa, sobre toda cuestión importante para la sociedad”. Tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 575, “el contenido de la actividad de vigilancia se proyecta tanto en el control de la actividad ya realizada... como en el control preventivo, en tanto el órgano de vigilancia puede influir en la tarea de dirección a través de la consulta con el órgano de dirección, la solicitud de informes, la reserva de autorización de determinadas medidas de gestión...”.

¹⁰²⁹ En efecto, el artículo 39.5 del RESE contiene una autorización genérica en virtud de la cual los Estados miembros, que desconozcan en su ordenamientos jurídicos societarios el sistema dual, podrán adoptar las disposiciones pertinentes en orden a su regulación. Una disposición de carácter similar, en relación con el sistema monista, se contiene en el artículo 43.4. del RESE.

general, que el Consejo de control representa a la sociedad frente a los miembros de la Dirección¹⁰³⁰, que el Consejo de control puede convocar a los miembros de Dirección para que asistan a sus reuniones con voz pero sin voto¹⁰³¹, que el Consejo de control puede acordar que determinadas operaciones de la Dirección se sometan a su autorización previa¹⁰³² y que el Consejo de control podrá convocar la Junta general de accionistas cuando lo estime conveniente para el interés social¹⁰³³.

No obstante, no cabe duda de que, el órgano de control deberá de vigilar que la actuación del órgano de dirección se ajuste a lo dispuesto, tanto legal, como estatutariamente, e igualmente, que se emplean los medios administrativos y contables adecuados en función de la estructura organizativa de la sociedad.

El RESE guarda silencio en cuanto a los criterios valorativos conforme a los cuales debe desempeñarse la función de vigilancia encomendada al órgano de control, pero tanto la jurisprudencia como la doctrina, de los países que conocen el sistema dual, señalan que el control de la gestión debe valorarse conforme a criterios de legalidad, ordenada organización y oportunidad económica. La valoración de la oportunidad económica supone enjuiciar la actuación del órgano de dirección desde el punto de vista de la conservación de la existencia de la empresa y de capacidad de rendimiento a largo plazo¹⁰³⁴.

B. FACULTADES DE INFORMACIÓN

Para el buen funcionamiento de la administración de la sociedad en el sistema dual, es fundamental el establecimiento de un adecuado flujo de información entre sus órganos componentes (dirección y control), que permita al órgano de control desempeñar eficazmente, las funciones de vigilancia y asesoramiento que le son propias.

Las facultades de información que ostenta el órgano de control marcan las relaciones entre este órgano y el de dirección, comportando los derechos de información que corresponden al órgano de control, los deberes a cargo del órgano de dirección. Estas facultades de información se concretan por un lado, en el derecho a recibir información y por otro, en el derecho a solicitar información. Asimismo y con el fin de garantizar el mejor cumplimiento de las funciones de vigilancia que competen al órgano de control, se le otorgan las facultades necesarias para comprobar y verificar las informaciones recibidas.

a. DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN

El RESE establece la obligación, por parte del órgano de dirección (derecho por lo que respecta al órgano de control), de informar con una periodicidad mínima de tres meses

¹⁰³⁰ Efectivamente, el artículo 487 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo 333.3 del TRLSA) otorga al Consejo de control el poder de representación de la sociedad frente a los miembros de la Dirección.

¹⁰³¹ Se prevé en el artículo 488 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo 333.4 del TRLSA) la posibilidad de que el Consejo de control, si lo considera conveniente, convoque a los miembros de la Dirección para que asistan a las reuniones de este órgano con voz pero sin voto.

¹⁰³² Nuestro legislador, haciendo uso de la específica autorización concedida por el artículo 48.1, párrafo segundo, ha determinado, según lo dispuesto en el artículo 489 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo 334 del TRLSA), que los miembros del Consejo de control puedan someter a su autorización determinadas categorías de operaciones.

¹⁰³³ A tenor de lo dispuesto en el artículo 492.3 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 337.3 del TRLSA). El artículo 492 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 337 del TRLSA) se ocupa de la convocatoria de la Junta general en el sistema dual; en el punto 1 de este artículo se otorga la competencia para convocar la Junta general de la SE a la Dirección y en el punto 3 al Consejo de control, cuando éste lo estime conveniente para los intereses sociales o bien, de acuerdo con lo dispuesto en el punto 2, cuando la Junta no fuera convocada dentro de los plazos establecidos por el RESE o los estatutos.

¹⁰³⁴ ESTEBAN VELASCO, G., "Administración y control. El sistema dual", ya cit., págs. 576-577.

al órgano de control sobre la marcha de los asuntos de la SE, así como de la evolución previsible de los mismos¹⁰³⁵. No veo inconveniente para que a través de las legislaciones nacionales de los estados miembros o de los estatutos, en su caso (según lo establecido en el sistema de fuentes del RESE), se fije una periodicidad menor o se regulen otros aspectos relativos a la información que se debe proporcionar al órgano de control. Debo decir que, en relación con esta materia, el legislador español no ha hecho previsión alguna, aunque según las remisiones efectuadas por la Ley 19/2005, tanto en relación con el órgano de dirección¹⁰³⁶, como con el órgano de control¹⁰³⁷ y de acuerdo con lo previsto en nuestra legislación¹⁰³⁸, estos órganos, dejando a salvo las previsiones estatutarias, podrán regular su propio funcionamiento.

El contenido de la información que periódicamente debe recibir el órgano de control ha de ser el referido a asuntos relevantes para la marcha de la sociedad, ya que una fiscalización excesiva sobre asuntos de escasa importancia, que formen parte de la normal y rutinaria labor de gestión, privaría al órgano de dirección de la operatividad y funcionalidad necesaria para llevar a cabo su cometido. En todo caso, la información deberá contener los datos económicos necesarios para valorar la marcha de la sociedad en los diversos sectores y áreas de la misma.

Especial mención, en este punto relativo a la información sobre la marcha de los asuntos sociales, merece el tema de las cuentas anuales. En los Proyectos de estatuto de SE de los años 1970 y 1975, se establecía como obligación del órgano de dirección, la presentación de las cuentas anuales y el informe de gestión al Consejo de vigilancia, junto al informe de verificación (informe de los auditores de cuentas)¹⁰³⁹. Los Proyectos de 1989 y 1991 no regulaban este aspecto, por lo que había que acudir al Derecho nacional del domicilio de la SE. En el texto definitivamente aprobado tampoco encontramos referencia alguna sobre esta cuestión, por lo que según lo previsto en el citado cuerpo legal¹⁰⁴⁰ y

¹⁰³⁵ Según lo dispuesto en el artículo 41.1 del RESE. A diferencia de los anteriores proyectos de estatuto de SE, el artículo 41.1 del RESE no hace referencia a la información sobre la situación de empresas controladas por la SE. Véanse los artículos 73 del Proyecto de 1970, 73-a del Proyecto de 1975, y 64 de los Proyectos de 1989 y 1991. Los Proyectos de 1970 y 1975, establecían que la información debía estar referida, tanto a la SE, como a las empresas que dependían de ella y los Proyectos de 1989 y 1991 hacían alusión a la información relativa, tanto a la SE, como a las empresas controladas por ella.

¹⁰³⁶ A tenor de lo dispuesto en el artículo 331.2 del TRLSA (actual artículo 483 de la Ley de Sociedades de Capital) y dejando a salvo lo dispuesto en el RESE, el legislador español se ha remitido, en cuanto al funcionamiento de la Dirección, a lo establecido en los estatutos sociales y en su defecto, a lo previsto para el Consejo de administración de nuestras sociedades anónimas.

¹⁰³⁷ Similar pronunciamiento, en cuanto al funcionamiento del Consejo de control, se contiene en el artículo 333.1 del TRLSA (actual artículo 485 de la Ley de Sociedades de Capital). Así, nuestro legislador ha establecido que será de aplicación al Consejo de control lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para el funcionamiento del Consejo de administración de las sociedades anónimas en cuanto no contradiga lo dispuesto en el RESE.

¹⁰³⁸ En efecto, el artículo 245.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1 de la Ley de Sociedades Anónimas) establece que “cuando los estatutos no dispongan otra cosa el Consejo de administración podrá designar a su Presidente, regular su propio funcionamiento y aceptar la dimisión de los consejeros”.

¹⁰³⁹ A tenor de lo previsto en el artículo 212 del Proyecto de 1975. “1. Las cuentas anuales y la memoria de gestión serán sometidas por el Comité de dirección al Consejo de vigilancia. A estos documentos se adjuntará el informe de verificación. 2. El Comité de dirección y el Consejo de vigilancia, reunidos en sesión común, examinarán las cuentas anuales y la memoria de gestión. A petición del Consejo de vigilancia, los comisarios de cuentas asistirán a esta sesión con voz consultiva”.

¹⁰⁴⁰ Concretamente en su artículo 61, donde se establece que “en lo que se refiere a la elaboración de sus cuentas anuales y, en su caso, de sus cuentas consolidadas, incluido el informe de gestión adjunto a las mismas, el control y la publicidad de dichas cuentas, la SE se regirá por las normas aplicables a las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en que tenga su domicilio social”.

dejando a salvo lo dispuesto para las entidades de crédito o financieras¹⁰⁴¹, deberemos acudir al ordenamiento jurídico societario del domicilio de la SE¹⁰⁴².

Los Estados miembros que no recogen en sus ordenamientos jurídicos el sistema dual, como sucede en España, pueden, en virtud de la autorización genérica que a los mismos les concede el RESE¹⁰⁴³, adoptar las pertinentes disposiciones para su regulación. No obstante, el legislador nacional no ha adoptado disposición específica alguna, si bien al establecer con carácter general que será de aplicación al Consejo de control lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para el funcionamiento del Consejo de administración de las sociedades anónimas¹⁰⁴⁴, debemos entender que los deberes de formulación de cuentas que se imponen en general a los administradores, en el caso del sistema dual corresponderán a los miembros del órgano de dirección y que al Consejo de control le incumbirá emitir opinión sobre las cuentas anuales y el informe de gestión, en el marco de su misión de control¹⁰⁴⁵.

Por lo que respecta a la evolución previsible¹⁰⁴⁶, se entra en el campo de lo futurible con los problemas que entraña, pues a veces es difícil prever la evolución de determinadas operaciones comerciales; no debemos olvidar que toda actividad empresarial conlleva un riesgo, por lo que el órgano de control, en este aspecto, sólo podrá hacer un seguimiento en cuanto al cumplimiento por parte del órgano de dirección de las líneas estratégicas fijadas por la Junta general o por el propio órgano de control.

Además de esta información periódica, el órgano de dirección, según establece el RESE¹⁰⁴⁷, tiene el deber de comunicar a su debido tiempo al órgano de control cualquier información sobre hechos que puedan tener repercusiones sensibles en la situación de la SE. La redacción de este apartado suscita dos cuestiones: determinar qué hechos pueden tener

¹⁰⁴¹ A tenor de lo dispuesto en el artículo 62 del RESE, cuando “las SE sean entidades de crédito o entidades financieras se registrarán, en lo que se refiere a la elaboración de sus cuentas anuales y, en su caso, de sus cuentas consolidadas, incluido el informe de gestión adjunto a las mismas, el control y la publicidad de dichas cuentas, por las normas establecidas en el Derecho nacional del Estado miembro en que tengan su domicilio social, en aplicación de la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio” (DOCE L 126, de 26 de mayo de 2000).

¹⁰⁴² En consecuencia las SE que decidan establecerse en España se registrarán por las normas contenidas en los artículos 253 a 284 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 171 a 222 del TRLSA) que se recogen en el Título VII, relativo a las cuentas anuales.

¹⁰⁴³ Efectivamente, recordemos que el artículo 39.5 contiene una autorización genérica en virtud de la cual los Estados miembros que desconozcan en sus ordenamientos jurídico societarios el sistema dual de administración podrán adoptar las pertinentes previsiones en orden a su regulación.

¹⁰⁴⁴ Según lo dispuesto por el artículo 485 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 333.1 del TRLSA). En consecuencia, en relación con las cuentas anuales, serán de aplicación para las SE domiciliadas en España, los artículos 253 a 284 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 171 a 222 de la Ley de Sociedades Anónimas) y, por tanto, a tenor de lo previsto en el artículo 272 de dicho texto legal (antiguo artículo 212 del TRLSA), la aprobación de las cuentas corresponderá a la Junta general, si bien el Consejo de control deberá de conocer, tanto los documentos que van a ser sometidos a la aprobación de la Junta general, como toda la información y documentación que haya servido para la elaboración de las cuentas, con el fin de poder llevar a cabo su labor de vigilancia.

¹⁰⁴⁵ En efecto, el artículo 40.1 del RESE establece como misión específica del Consejo de control la de controlar la gestión encomendada al órgano de dirección. Véase, en relación con esta materia, ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 581.

¹⁰⁴⁶ Lo cierto es que el último inciso del apartado 1, del artículo 41 del RESE hace referencia a esta cuestión, al establecer que en el ámbito de la información que el órgano de dirección está obligado a proporcionar, con una periodicidad mínima trimestral, al órgano de control, se encuentra la relativa a la previsible evolución de la marcha de la SE.

¹⁰⁴⁷ También, constituye una obligación del órgano de dirección la comunicación, a su debido tiempo, al órgano de control de cualquier hecho que pueda tener repercusiones sensibles en la situación de la SE, según lo dispuesto en el artículo 41.2 del RESE. Véase, en relación con esta materia, ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 580.

repercusiones calificadas de importantes en la marcha de la sociedad y establecer el momento oportuno en que debe hacerse la preceptiva comunicación.

Para determinar que hechos pueden ser relevantes se deberá de tener en cuenta, tanto el volumen, como la actividad de la sociedad y la política empresarial según las líneas fijadas al respecto. En este sentido y teniendo siempre en cuenta la actividad general de la sociedad y sus dimensiones, habría que tomar en consideración operaciones como pueden ser la venta de una determinada fábrica, la compra de otra empresa, posibles inversiones de riesgo atípico, huelgas, problemas con proveedores que pongan en riesgo los suministros necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial, etc.

En cuanto al momento en que debe facilitarse dicha información al órgano de control, entiendo que, cuando sea posible, deberá de darse antes de acometer la operación en cuestión o en cuanto se tenga conocimiento de acontecimientos externos (huelgas, etc.) de notoria importancia. En todo caso, deberá tenerse en cuenta el deber de diligencia en evitación de posibles perjuicios y suministrar la información que sea suficiente, tanto en cuanto al contenido, como a la forma, para que el órgano de control pueda pronunciarse al respecto.

b. DERECHO A SOLICITAR INFORMACIÓN

El RESE reconoce al órgano de control el derecho a solicitar al órgano de dirección toda la información que considere necesaria para poder ejercer su competencia y control¹⁰⁴⁸. Este derecho no tiene limitación temporal, por lo que podrá ejercitarse por el órgano de control en cualquier momento, si bien, debe de hacerlo con la medida necesaria para evitar la incidencia entorpecedora que en la marcha de la gestión pueden tener los continuos requerimientos de información que no sea necesaria. El término “toda” hace referencia a la obligación que tiene el órgano de dirección de suministrar todos los detalles de que disponga, sin posibilidad de omisión (entiendo que siempre y cuando la información solicitada no haya sido incluida en la ya suministrada, en virtud de lo previsto en el artículo 41.1 y 2 del RESE).

Debo señalar que este derecho está configurado en el RESE como un derecho del órgano colegiado, pero el legislador comunitario deja abierta la posibilidad, sujeta al criterio de los legisladores nacionales, de extender este derecho en beneficio de cada uno de los componentes del órgano de control¹⁰⁴⁹. El legislador español no ha hecho uso de esta autorización y por lo tanto, no existe para las SE domiciliadas en España un derecho individual de los miembros del Consejo de control a solicitar información a la Dirección.

Para finalizar este apartado, relativo a las facultades de información del órgano de control, debo hacer referencia a lo preceptuado en el RESE¹⁰⁵⁰ en cuanto a que todos y cada uno de los miembros del órgano de control tienen derecho a acceder a toda la información

¹⁰⁴⁸ De acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 del RESE. De esta forma el RESE viene a posibilitar que el órgano de control pueda obtener del órgano de dirección cuantas informaciones, informes o documentos precise sobre asuntos concernientes a la SE, para llevar a cabo la misión que le viene encomendada por dicho texto legal. Al órgano de control corresponderá concretar el tipo de información solicitada.

¹⁰⁴⁹ Según lo dispuesto en el artículo 41.3, último párrafo del RESE “los Estados miembros podrán establecer que todos los miembros del órgano de control puedan beneficiarse también de ésta facultad”; se establece, por tanto, una autorización de regulación a los Estados miembros de carácter facultativo y sin condicionamiento a lo establecido para las sociedades anónimas nacionales. El Proyecto de estatuto de SE de 1975 otorgaba el derecho a solicitar información, tanto al órgano colegiado en pleno, como a sus componentes, siempre que la información fuera solicitada por un tercio de sus miembros (artículo 73-a 4.).

¹⁰⁵⁰ A tenor de lo previsto en el artículo 41.5 Este apartado del artículo 41 del RESE viene a reconocer el derecho individual de los miembros del órgano de control para acceder a cuanta información obre en poder de dicho órgano.

que se comuniquen a dicho órgano. El destinatario de las informaciones del órgano de dirección es el órgano de control, pero cada miembro tiene reconocido un derecho individual en cuanto al conocimiento de la información suministrada.

C. FACULTADES DE CONSULTA

A pesar de que el RESE no dice nada en cuanto al posible carácter consultivo de este órgano, las facultades de asesoramiento y consulta se deben considerar implícitas en su función. Es obvio que no se puede negar la posibilidad de que el órgano de control dé su opinión respecto a los temas objeto de información, máxime teniendo en cuenta, como ya he indicado anteriormente, el deber de vigilancia que le compete en cuanto al seguimiento que debe efectuar en aras a asegurar que el órgano de dirección observa las líneas estratégicas acordadas y la política empresarial.

Aunque en cuestiones de gestión las decisiones corresponden al órgano de dirección, es deber del órgano de control, del que responde en caso de ejercicio negligente, valorar la información recibida o solicitada y presentar al órgano de dirección sus consideraciones y, en su caso, las posibles objeciones siempre en relación con cuestiones de relevante importancia para la marcha de la empresa y por supuesto, deberá evitarse que por esta vía se convierta el órgano de control en un órgano de cuasi-dirección exigiéndole, en función de ese deber de consulta, tener que presentar al órgano de dirección medidas alternativas acabadas de gestión¹⁰⁵¹.

En este sentido, el legislador español ha considerado conveniente que el Consejo de control, cuando lo estime oportuno, pueda convocar a los miembros de la Dirección para que asistan a sus reuniones con voz pero sin voto¹⁰⁵².

D. FACULTADES DE EXAMEN Y REVISIÓN

El órgano de control, a tenor de lo dispuesto en el RESE¹⁰⁵³, tiene derecho a realizar cuantas comprobaciones considere necesarias para desempeñar su cometido, lo que podrá efectuar, bien directamente, llevando a cabo los exámenes que considere pertinentes, o bien a través de terceros. La titularidad del derecho de comprobación corresponde al órgano colegiado pero podrá instrumentarse a través de alguno o algunos de sus miembros o incluso de expertos externos, si así lo decidiera el órgano de control.

E. FACULTAD DE AUTORIZACIÓN DE OPERACIONES DETERMINADAS

Esta facultad del órgano de control, que constituye una forma de intervención en la gestión del órgano de dirección (gestión indirecta), hace referencia a una serie de operaciones que deben revestir cierta importancia y que necesitan ser previamente autorizadas por el órgano de control¹⁰⁵⁴. No obstante, por estar recogida la normativa

¹⁰⁵¹ ESTEBAN VELASCO, G., "Administración y control. El sistema dual", ya cit., pág. 583.

¹⁰⁵² Según lo dispuesto en el artículo 488 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 333.4 del TRLSA). Los artículos 76.3 del Proyecto de 1970 y 76.2 del Proyecto de 1975, también preveían la participación de los miembros de órgano de dirección en las reuniones del órgano de vigilancia, salvo que este último decidiera otra cosa, con voz consultiva.

¹⁰⁵³ En efecto, a tenor de lo previsto en el Artículo 41.4 se está concediendo al órgano de control un derecho de revisión o examen, otorgándole la facultad de realizar las comprobaciones que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones de control.

¹⁰⁵⁴ De acuerdo con lo estipulado en el artículo 48 del RESE, en los estatutos deberán de enumerarse las categorías de operaciones que requieran autorización del órgano de control; además, se autoriza a los Estados miembros para determinar las categorías de operaciones que como mínimo deban de figurar en los estatutos e igualmente, para disponer que sea el propio órgano de control el que pueda someter a su

relativa a este tipo de operaciones en el RESE, en la sección dedicada a las normas comunes a ambos sistemas de administración, reservo el desarrollo de esta materia para más adelante, cuando me ocupe de la sección 3 del RESE relativa a las normas comunes a los sistemas monista y dual.

F. OTRAS FACULTADES

Corresponde a este órgano el nombramiento y revocación de los miembros del órgano de gestión¹⁰⁵⁵. Me remito en esta materia a lo comentado al respecto en el Capítulo cuarto, sección primera, apartado III, punto 5 de esta Tesis doctoral.

En relación con la aprobación de las cuentas anuales nada se dice en el RESE, por lo que será de aplicación lo previsto en las legislaciones nacionales del domicilio de la SE. Una vez más debo hacer referencia a la autorización genérica de regulación que, a estos efectos, les otorga el RESE¹⁰⁵⁶ a los Estados miembros que no recogen en sus legislaciones el sistema dual, pero dado que el legislador español no ha hecho uso de dicha autorización, limitándose a remitirse a lo previsto para el Consejo de administración en la Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades Capital), debemos de entender que los deberes de formulación de cuentas que se imponen en general a los administradores, en el caso del sistema dual corresponderán a los miembros del órgano de dirección y que al Consejo de control le incumbirá emitir opinión sobre las cuentas anuales y el informe de gestión en el marco de su misión de control. La aprobación de cuentas de las SE que se domicilien en España, según dicha Ley, será competencia de la Junta general de accionistas¹⁰⁵⁷.

El Consejo de control también puede convocar la Junta general de accionistas cuando así se estipule para las sociedades anónimas del Estado donde la SE tenga su domicilio¹⁰⁵⁸. Cuando la SE tenga el domicilio en un Estado miembro cuya legislación no recoja el sistema dual, en virtud de la autorización genérica del RESE¹⁰⁵⁹, habrá que estar a

autorización determinadas categorías de operaciones. El legislador español, al regular el sistema dual de administración, ha previsto que el Consejo de control de las SE que decidan establecerse en nuestro territorio, podrá acordar que operaciones van a quedar sometidas a su autorización previa (artículo 489 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 334 del TRLSA–).

¹⁰⁵⁵ Según lo dispuesto en el artículo 39.2 del RESE que establece que el nombramiento y revocación del miembro o miembros del órgano de dirección será competencia del órgano de control, salvo que los Estados miembros establezcan o permitan que estatutariamente se establezca que sean nombrados o revocados por la Junta general, en las mismas condiciones que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales. El legislador español no ha hecho uso de ésta autorización específica (aunque, obviamente, debemos tener en cuenta que nuestra legislación no contempla el sistema dual), ni de la genérica contemplada en el artículo 39.5 para los Estados miembros que desconocen el sistema dual y por tanto, el miembro o miembros de la Dirección de las SE que decidan establecerse en España serán nombrados y revocados por el Consejo de control.

¹⁰⁵⁶ En efecto, el artículo 39.5 del RESE contiene una autorización genérica por la que los Estados miembros que desconozcan en sus ordenamientos el sistema dual podrán adoptar las pertinentes disposiciones en orden a su regulación.

¹⁰⁵⁷ Según lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 95 de la Ley de Sociedades Anónimas) “la Junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado”.

¹⁰⁵⁸ A tenor de lo previsto en el artículo 54.2 del RESE. Tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 586, “es una autorización de regulación a los Estados miembros limitada por el régimen general de las sociedades anónimas (si existe sistema dual nacional) o sin ese condicionamiento conforme al artículo 39.5 del RESE (si no se regula el sistema dual nacional)”.

¹⁰⁵⁹ En efecto, según la autorización genérica contenida en el artículo 39.5 del RESE los Estados miembros que desconozcan el sistema dual podrán adoptar, para las SE que decidan establecerse en su

lo que se disponga a estos efectos para la SE. En el Derecho español el legislador ha previsto que la competencia para la convocatoria de la Junta general, en el sistema dual, corresponde a la Dirección¹⁰⁶⁰, pero si no se convocare dentro del plazo legalmente establecido en el RESE o estatutariamente previsto, el Consejo de control quedará facultado para convocarla¹⁰⁶¹. En consonancia con esta facultad de convocatoria que se concede al Consejo de Control, la Ley 19/2005, mediante la disposición final primera, modifica el artículo 95 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital) y añade un nuevo apartado, el apartado 2 de dicho artículo, conforme al cual: “la Junta general ordinaria será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo”¹⁰⁶². Asimismo, se faculta al Consejo de control para convocar la Junta general cuando lo estime conveniente para el interés social¹⁰⁶³.

En torno a esta materia cabe resaltar que se omite toda referencia a la obligación del Consejo de control de asistir a la Junta general y de informar a ésta sobre la actividad de vigilancia desarrollada¹⁰⁶⁴.

Cierto es que en relación con las SE cotizadas nuestra Ley de Mercado de Valores establece la obligatoriedad de que “cuando la sociedad cotizada sea una Sociedad Anónima Europea domiciliada en España que haya optado por el sistema dual, junto al informe anual de gobierno corporativo elaborado por la Dirección, se acompañará un informe elaborado por el Consejo de control sobre el ejercicio de sus funciones” (artículo 61 bis, 6, añadido por la Ley 2/2011 de 4 de marzo).

Ahora bien, a mi juicio habría sido conveniente que nuestro legislador, cuando las SE que se establezcan en nuestro territorio opten por el sistema de administración dual, con independencia de que sean o no cotizadas, hubiera recogido la obligatoriedad de que entre la documentación que debe acompañarse a las cuentas anuales figure un informe explicativo de la actividad desarrollada por el Consejo de control en sus funciones de vigilancia, lo que permitiría a la Junta general valorar la diligencia de este órgano en el desempeño de las labores que le son propias, esto es, el control de la gestión encomendada al órgano de dirección.

territorio, las medidas que consideren pertinentes en relación con los órganos o autoridades facultados para la convocatoria de la Junta general de la SE.

¹⁰⁶⁰ En virtud de lo dispuesto en el artículo 492.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 337.1. del TRLSA), en el sistema dual de administración la Dirección será el órgano competente para convocar la Junta general; además, la Dirección vendrá también obligada a convocar la Junta general, cuando lo soliciten accionistas que sean titulares al menos del cinco por ciento del capital social.

¹⁰⁶¹ En efecto, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 492.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 337.2. del TRLSA) si la Dirección no convocase la Junta dentro de los plazos establecidos por el RESE o los estatutos sociales, podrá ser convocada por el Consejo de control o, a petición de cualquier socio, por el Juez de lo Mercantil del domicilio social de la SE, conforme a lo previsto para las Juntas generales en nuestra Ley de Sociedades de Capital.

¹⁰⁶² La enmienda número 8 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado que propuso este añadido lo justificó como una mejora técnica, puesto que la convocatoria también puede efectuarse por el Consejo de control (de las SE) o, en su caso, por el Juez de lo Mercantil del domicilio social. Véase el Boletín Oficial del Senado, número 23-c, de 8 de septiembre de 2005 y el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, número 19-9 de 18 de octubre de 2005.

¹⁰⁶³ A tenor de lo dispuesto en el artículo 492.3 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 337.3 del TRLSA). Este artículo está en consonancia con lo previsto en el artículo 167 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 100 de la Ley de Sociedades Anónimas) para nuestras sociedades anónimas que establece que “los administradores convocarán la junta general siempre que lo consideren necesario o conveniente para los intereses sociales...”.

¹⁰⁶⁴ CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., pág. 321. Tal y como señala esta autora en Italia el nuevo artículo 2409 *tercedies* f) del CC italiano contempla como obligación del Consejo de vigilancia, la de informar por escrito, al menos una vez al año, a la asamblea sobre la actividad de vigilancia desarrollada, sobre las omisiones y sobre hechos censurables relevantes.

Por último, en virtud de lo establecido por el legislador nacional al regular el órgano de control para las SE domiciliadas en España, debo señalar que el Consejo de control ostenta la representación de la sociedad frente a los miembros de la Dirección¹⁰⁶⁵.

4. CONFLICTOS DE COMPETENCIAS

La Ley 19/2005 no contiene referencias a otras facultades del Consejo de control¹⁰⁶⁶, como pueden ser la fijación de la remuneración de la Dirección, la aprobación de las cuentas anuales o el ejercicio de la acción de responsabilidad frente a los miembros de la Dirección. En consecuencia, pueden surgir posibles conflictos de competencias del órgano de control, tanto con la Junta general, como con el órgano de dirección.

A. DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ÓRGANO DE CONTROL Y LA JUNTA GENERAL

Es obvio que en el sistema dual, al contar la sociedad con un Consejo de control cuya función primordial es precisamente el control de la gestión, se alteran, en cierta medida, las competencias que de ordinario desempeña la Junta general.

La cuestión de fondo que cabe plantearse es hasta qué punto el sistema dual contemplado en el RESE y en la Ley 19/2005 permite “valorizar” la Dirección y el Consejo de vigilancia en detrimento de la Junta general¹⁰⁶⁷.

El RESE, a diferencia de los anteriores proyectos de estatuto de SE¹⁰⁶⁸, no contiene una enumeración de las materias de competencia exclusiva de la Junta general. El texto definitivamente aprobado contempla como competencias propias de la Junta las que el propio Reglamento señale a lo largo de su articulado y las que deriven de la legislación del Estado miembro donde la SE tenga su domicilio social¹⁰⁶⁹, adaptadas en aplicación de la

¹⁰⁶⁵ En efecto, a tenor de lo previsto en el artículo 487 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 333.3 del TRLSA) el Consejo de control representará a la SE en sus relaciones o acuerdos con la Dirección o sus miembros.

¹⁰⁶⁶ En Italia, por ejemplo, en el sistema dual, el Consejo de vigilancia aprueba las cuentas anuales y promueve el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los componentes del Consejo de gestión (artículo 2409 *terdecies* del CC italiano). En efecto, tal y como señala TOFFOLETTO, A., “Administración y controles”, *Derecho Italiano de Sociedades (Manual breve)*, LATORRE CHINER, N. y MARTÍ MOYA, V. (traducción), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 319-320, “el Consejo de vigilancia está investido del poder de aprobar el balance general de ejercicio y, en su caso, también el balance general consolidado (artículo 2409-*terdecies*, 1.b). Este es un aspecto muy tipificador del modelo. Se prevé, sin embargo, que los estatutos puedan disponer que, en caso de falta de aprobación del balance general por parte del Consejo de vigilancia o en caso de que lo solicite al menos un tercio de los miembros del Consejo de gestión o del Consejo de vigilancia, la competencia para la aprobación del balance general de ejercicio sea atribuida a la Junta (artículo 2409-*terdecies* 2)”. También la Ley de sociedades anónimas alemana (*Aktiengesellschaft*) atribuye competencias al órgano de vigilancia para el ejercicio de la acción de responsabilidad frente a los miembros del órgano de dirección (artículo 112).

¹⁰⁶⁷ CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., pág. 321.

¹⁰⁶⁸ Véase el artículo 83 de los Proyectos de 1970 y 1975 y el artículo 81 de los Proyectos de 1989 y 1991. Principalmente, las materias a las que se referían estos artículos eran: el aumento o reducción del capital; la emisión de obligaciones convertibles en acciones o con derecho de suscripción y de obligaciones con participación de beneficios; el nombramiento y revocación de los miembros del órgano de administración o de vigilancia que representen a los accionistas; el ejercicio de la acción social de responsabilidad; el nombramiento o revocación de los auditores de cuentas; la aprobación de las cuentas anuales y la distribución de los resultados del ejercicio; la modificación de estatutos; la disolución y nombramiento de liquidadores; la transformación de la sociedad; la fusión de la sociedad; y la transferencia del activo.

¹⁰⁶⁹ Nuestra Ley de Sociedades de Capital establece en su artículo 159 (antiguo artículo 93 del TRLSA) que “los socios, reunidos en Junta general, decidirán... en los asuntos propios de la competencia de la Junta”, y el artículo 160 recoge las competencias de la Junta (este artículo ha sido incorporado por la reciente

Directiva 2001/86/CE, e igualmente tendrá competencia sobre 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 encuentre el domicilio social de la SE, ya sea en virtud de la legislación de dicho Estado miembro, ya sea con arreglo a estatutos conformes a ésta¹⁰⁷⁰.

Siguiendo la normativa aplicable a las sociedades anónimas constituidas en España, en algunas cuestiones concretas como por ejemplo, en materia de retribución de los miembros del órgano de dirección, y a pesar de que el nombramiento y revocación de los mismos es competencia del Consejo de Control, será de aplicación lo previsto en nuestra Ley de Sociedades de Capital, que establece que el sistema de retribución de los administradores¹⁰⁷¹ deberá fijarse en los estatutos, teniendo en cuenta los límites que específicamente determina cuando la retribución consista en una participación en las ganancias¹⁰⁷². Ahora bien, en los supuestos en que los estatutos prevean que la retribución

Ley de Sociedades de Capital aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio y publicada en el BOE número 161, de 3 de julio de 2010) de forma similar a como lo hacía el artículo 44 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Sin embargo, nuestra antigua Ley de Sociedades Anónimas no recogía las competencias de la Junta, lo que nos obligaba a hacer una búsqueda por su articulado, búsqueda de la que no estamos exentos con la nueva regulación, puesto que en el apartado i) del citado artículo 160, se hace referencia a “cualesquiera otros asuntos que determinen la Ley o los estatutos”.

A tenor de lo previsto en el citado artículo 160 de nuestra Ley de Sociedades de Capital, el nombramiento y separación de los administradores compete a la Junta. Si bien, hay que tener en cuenta que, según lo preceptuado por el RESE, si los Estados miembros no establecen o permiten que se establezca, a través de las correspondientes disposiciones estatutarias, que los miembros del órgano de dirección sean nombrados o revocados por la Junta general, dicha competencia corresponderá al órgano de control. Teniendo en cuenta que nuestro legislador no ha hecho uso de esta autorización específica, los miembros del órgano de dirección de las SE españolas serán nombrados y revocados por el Consejo de control (artículo 39.2 del RESE); en relación con la determinación del número, cuando éste no se haya concretado, se ha confiado a los estatutos fijar las reglas para su determinación, por tanto cabe que estatutariamente se atribuya esta competencia a la Junta general, aunque lo más coherente sería atribuirla al mismo órgano que está facultado para los nombramientos, esto es, al Consejo de control. También estará facultada la Junta general para el ejercicio de la acción de responsabilidad, su transacción o renuncia (artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital; antiguo artículo 134 del TRLSA), si bien considero que al ostentar los miembros del Consejo de control la representación de la sociedad frente a los del órgano de dirección, el Consejo de control también podría ejercitar dicha acción en nombre de la sociedad.

De todas formas, un somero examen de las competencias que por Ley se reservan a la Junta general nos permite afirmar que “el legislador ha querido otorgarle las decisiones sobre los aspectos básicos de la organización corporativa y financiera de la sociedad. Corresponde, en definitiva, a la Junta lo que algún autor ha denominado «iniciativa empresarial» por contraposición a la «iniciativa institucional» desarrollada por los administradores. Pero tampoco cabe desconocer que la Junta asume determinadas funciones calificables de gestión. En efecto, aunque la gestión societaria es competencia de los administradores, al menos así se desprende de varias normas legales, no les corresponde la realización de determinados actos que la Ley reserva a la Junta por su trascendencia para la estructura y organización económico-jurídica de la sociedad”. BOQUERA MATARREDONA, J. y LATORRE CHINER, N., “Distribución y conflictos de competencias en la sociedad anónima no cotizada”, ya cit., págs. 42-43. Véase, también, en este sentido RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Junta general”, ya cit., págs. 767-770.

¹⁰⁷⁰ Según lo dispuesto en el artículo 52 del RESE. Tal y como señala RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Junta general”, ya cit., pág. 770: “...en el caso de la SE domiciliada en España, la Junta podrá decidir en materia de gestión en la medida en que esa posibilidad esté contemplada en la Ley o en los estatutos, pero no podrá por propia iniciativa y sin el correspondiente respaldo estatutario ni impartir instrucciones a los administradores ni subordinar los actos de éstos a su previa autorización, salvo por iniciativa de los propios administradores. Y en todo caso, conviene recordar que las facultades de la Junta en materia de gestión no pueden ser de tal entidad que dejen al órgano de administración vacío de contenido y convertido en un mero ejecutor de las decisiones de la Junta general”.

¹⁰⁷¹ En los supuestos en que se opte por un sistema de administración dual, la referencia hecha a “los administradores” por el artículo 217.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 130 del TRLSA), debe entenderse referida tanto a los miembros del órgano de dirección como de control.

¹⁰⁷² A tenor de lo previsto en el artículo 218.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 130 párrafo primero de la Ley de Sociedades Anónimas). Los límites, cuando la retribución consista en una participación en las ganancias, vienen fijados por las reservas legal y estatutaria y por el dividendo que debe

consista en la entrega de acciones o de derechos de opción sobre las mismas, o que este referenciado al valor de las acciones, su aplicación requerirá un acuerdo de la Junta general de accionistas¹⁰⁷³.

No obstante, teniendo en cuenta que la representación de la sociedad frente a los miembros del órgano de dirección corresponde al Consejo de control¹⁰⁷⁴, cabe la posibilidad de que este órgano asuma la aprobación de su retribución y de los contratos que fijan su modo y cuantía¹⁰⁷⁵.

En lo tocante a la aprobación de cuentas y a pesar de que, tanto el RESE¹⁰⁷⁶, como la Ley 19/2005 no hacen referencia alguna en cuanto al órgano competente para la aprobación de las mismas, limitándose el RESE a establecer que: "...en lo que se refiere a la elaboración de sus cuentas anuales y, en su caso, de sus cuentas consolidadas, incluido el informe de gestión adjunto a las mismas, el control y la publicidad de dichas cuentas, la SE

reconocerse a los accionistas, cuyo porcentaje será de al menos el cuatro por ciento o el tipo más alto que se hubiera fijado estatutariamente. Tal y como señala POLO SÁNCHEZ, E., "Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima", ya cit., pág. 204: "...la finalidad de la norma no es la determinación de su base -cuestión en la que el artículo no entra-, sino que el montante final de la participación no pueda ser detráido sino de los beneficios líquidos que resten una vez que se haya contribuido a la formación de las reservas obligatorias y retribuido mínimamente el capital", más adelante añade: "...nuestra Ley, al regular la participación de los administradores en las ganancias, no ha querido limitar la base puramente contable que determine el montante de su retribución teórica, sino delimitar la masa patrimonial de la que dicha participación debe ser detráida, que será la que determine finalmente su retribución efectiva". En opinión del profesor SÁNCHEZ CALERO, F., el sistema de retribución de los administradores consistente en una participación en las ganancias debe de suponer, por un lado un estímulo para la actuación diligente de los administradores de forma que vinculen su remuneración a los buenos resultados y a la suerte de la sociedad y por otro lado, se ha de procurar que el sistema no lleve a resultados que puedan ser perjudiciales para los accionistas y, por supuesto, para los acreedores sociales, y el artículo 130 del TRLSA (actual artículo 218.2. de la Ley de Sociedades de Capital) trata de compaginar estos dos aspectos, haciendo depender la retribución de los administradores de la dotación de las reservas legal y estatutaria (en defensa de los acreedores) y del reparto de un dividendo a los accionistas. Véase SÁNCHEZ CALERO, F., "Administradores (artículos 123 a 143)", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, SÁNCHEZ CALERO, F., (director), tomo IV, Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, pág. 175.

¹⁰⁷³ Según dispone el artículo 219 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 130 párrafo segundo de la Ley de Sociedades Anónimas). En estos supuestos se requiere acuerdo de la Junta general en el que deberá de expresarse, según el caso, el número de acciones a entregar, el precio de ejercicio de los derechos de opción, el valor de las acciones que se tome como referencia y el plazo de duración de este sistema de retribución.

¹⁰⁷⁴ A tenor de lo previsto en el artículo 487 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 333.3. del TRLSA). Nuestro legislador al regular el sistema dual, para las SE que decidan establecerse en nuestro país, ha determinado que la representación de la sociedad frente a los miembros de la Dirección corresponde al Consejo de control, puede por tanto decirse que este órgano es una especie de intermediario entre la sociedad y los miembros de la Dirección, por lo que no debe descartarse una posible intervención del Consejo de control en cuestiones de retribución de los miembros de la Dirección.

¹⁰⁷⁵ Algunos autores consideran que los estatutos y el reglamento del régimen interno del Consejo podrían contemplar la creación de una Comisión de retribuciones (o una Comisión de nombramientos y retribuciones), que proponga al Consejo la política de retribución de los miembros de la Dirección y de los altos directivos y la aprobación de los citados contratos, y vele por la observancia de la política retributiva fijada por la sociedad. Si bien, en todo caso, esta materia podría ser objeto de ratificación por la Junta general. Véase CUENCA GARCÍA, A., "El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual", ya cit., pág. 323.

De hecho, los anteriores Proyectos de 1970 y 1975 (artículos 64 y 63 respectivamente) establecían que el Consejo de vigilancia celebrará, en nombre de la sociedad, con cada uno de los miembros del órgano de dirección, un contrato en el que se fije el modo y la cuantía de su remuneración.

¹⁰⁷⁶ Los anteriores Proyectos sí contemplaban la aprobación de las cuentas como una competencia de la Junta general, tal y como se recoge en el artículo 83 de los Proyectos de 1970 y 1975, y en el artículo 81 de los Proyectos de 1989 y 1991. Nuestra reciente Ley de Sociedades de Capital, también recoge en su artículo 160 a) que es competencia de la Junta general "la aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social".

se registrará por las normas aplicables a las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en que tenga su domicilio social¹⁰⁷⁷, debemos considerar, tal y como he recogido en el enunciado relativo a “otras facultades” al cual me remito (Capítulo cuarto, sección primera, apartado IV, punto 3 F, de esta Tesis doctoral), que los deberes de formulación de las cuentas anuales corresponderán a los miembros del órgano de dirección y que al Consejo de control le incumbirá emitir opinión sobre las cuentas anuales y el informe de gestión, en el marco de su misión de control, siendo la aprobación de cuentas de las SE que se domicilien en España competencia de la Junta general, según lo previsto en nuestra Ley de Sociedades de Capital¹⁰⁷⁸.

Tampoco se menciona en el RESE el ejercicio de la acción de responsabilidad frente a los miembros de la Dirección¹⁰⁷⁹. Obviamente, los Estados miembros que carecen de normativa reguladora del sistema dual (como sucede en España) podrán establecer las medidas pertinentes al efecto. En este sentido, la Ley 19/2005 se ha limitado a remitirse a las disposiciones sobre responsabilidad previstas para los administradores de las sociedades anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital)¹⁰⁸⁰, disposiciones que serán de aplicación a los miembros de los órganos de administración, dirección y del Consejo de control, en el

¹⁰⁷⁷ Del contenido del artículo 61 del RESE se deduce que el legislador comunitario, en lugar de imponer un determinado régimen sobre la competencia de los órganos de la SE sobre esta materia, ha decidido someter su regulación a lo previsto en los diversos Estados miembros para sus sociedades anónimas nacionales. El legislador español, a pesar de que en virtud de la autorización genérica que el RESE le otorga (artículo 39.5), podía haber adoptado las pertinentes medidas al efecto y aún cuando la doctrina le había aconsejado la conveniencia de establecer un régimen específico para las SE, que regulara las competencias de los órganos respecto a la formulación y aprobación de las cuentas, no lo ha hecho; en consecuencia, la competencia para la elaboración de las cuentas anuales corresponderá a la Dirección y su aprobación a la Junta general, quedando limitada, en principio, la competencia del Consejo de control a la mera vigilancia y por tanto, deberán de examinar si se ha observado de forma correcta el procedimiento de elaboración, si se han aplicado de forma adecuada los instrumentos de control y de auditoría interna y si éstos son convenientes. LEÓN SANZ, J. F., “Las cuentas anuales de la Sociedad Anónima Europea”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L., (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 820-822. En similar sentido se pronuncia OLAVARRÍA IGLESIA, J., “El capital social y las cuentas anuales de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 133-135, si bien, este último autor considera que “el Consejo de control intervendrá en esta materia... cuando así lo establezcan los estatutos de la SE o cuando el propio Consejo, con base en el nuevo artículo 334 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 489 de la Ley de Sociedades de Capital), acuerde que la formulación de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas por la Dirección «se sometan a su autorización previa», si bien debe tenerse en cuenta que, en tal caso, y como dice el segundo inciso del citado artículo 334 (actual artículo 489 de la Ley de Sociedades de Capital), la falta de dicha autorización previa «será inoponible a los terceros, salvo que la sociedad pruebe que el tercero hubiera actuado en fraude o con mala fe en perjuicio de la sociedad»”.

¹⁰⁷⁸ El apartado a) del artículo 160 de nuestra reciente Ley de Sociedades de Capital establece como competencia de la Junta general “la aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social”. A mayor abundamiento, el artículo 272, del Capítulo V, del Título VII de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 212 del TRLSA), relativo a las cuentas anuales, establece en el apartado 1. que “las cuentas anuales se aprobarán por la Junta general”.

¹⁰⁷⁹ Los Proyectos de 1970 y 1975 recogían en el artículo 72, que tanto el Consejo de vigilancia como la Junta general estaban facultados para ejercitar la acción social de responsabilidad frente a los miembros del órgano de dirección. Igualmente, y en similares términos, se recogía esta posibilidad en el artículo 78.1 del Proyecto de 1989. Sin embargo, el Proyecto de 1991, suprimió el apartado 1 del artículo 78. Por otro lado, según recoge ESTEBAN VELASCO, G., el ejercicio de la acción de responsabilidad frente a los miembros del órgano de dirección es una facultad habitualmente reconocida en los sistemas duales (artículo 112 *Aktiengesellschaft*; artículo 2.409 *terdecies*, 1.d) del Código civil italiano). Véase ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 586.

¹⁰⁸⁰ Así se establece en el artículo 490 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 335 del TRLSA). Hubiera sido deseable que el legislador español, al regular el sistema dual para las SE, hubiera sido más explícito, tanto en lo que se refiere a las funciones de cada uno de los órganos, como a la delimitación de la responsabilidad de sus miembros, máxime teniendo en cuenta las diferentes acciones de responsabilidad que se recogen en nuestra Ley de Sociedades de Capital.

ámbito de sus respectivas funciones. Según nuestra Ley de Sociedades de Capital, el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la sociedad¹⁰⁸¹, que la ejerce a través de un acuerdo de la Junta general, pero además están sucesivamente legitimados para ejercerla los accionistas (derecho otorgado a una minoría que reúna el cinco por ciento del capital) y los acreedores (siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos); la administración concursal también estaba legitimada a tenor de lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio Concursal¹⁰⁸². Ahora bien, la Ley Concursal ha sido recientemente modificada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, estableciendo que una vez declarado el concurso el ejercicio de la acción social corresponderá con carácter exclusivo a la administración concursal¹⁰⁸³.

Así pues, la Ley 19/2005 no regula específicamente la legitimación del Consejo de control para ejercitar la acción social de responsabilidad contra los miembros del órgano de dirección, pero teniendo en cuenta que dicha Ley sí determina expresamente que la representación de la sociedad frente a los miembros del órgano de dirección corresponde al Consejo de control¹⁰⁸⁴, no veo obstáculo alguno para que también, el Consejo de control ejercite dicha acción en nombre de la sociedad¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸¹ Nuestra Ley de Sociedades de Capital dedica los artículos 238, 239 y 240 (antiguo artículo 134 del TRLSA) a la regulación de la acción social de responsabilidad. En efecto, el artículo 238 regula el ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a los administradores, otorgando a la sociedad la titularidad para su ejercicio. El artículo 239 otorga legitimación a los accionistas para el ejercicio de la acción social de responsabilidad; dicha legitimación se otorga con carácter subsidiario (cuando la sociedad no lo haga) y se configura como un derecho corporativo atribuido a la minoría (accionistas que represente, al menos, el cinco por ciento del capital social). Por su parte, el artículo 240 otorga legitimación para el ejercicio de dicha acción a los acreedores sociales, aunque, tal y como señala POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 357: “...continúa tratándose de una legitimación subsidiaria, si bien aquí doble o, más exactamente, alternativamente subsidiaria por cuanto su ejercicio requiere bien la ausencia de ejercicio por la sociedad, bien por la minoría titular del cinco por ciento del capital social”. Por su parte SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores (artículos 123 a 143)”, ya cit., págs. 313-314, sostiene que “...no hay un ejercicio sucesivo de la acción, sino una legitimación sucesiva para ese ejercicio. En este sentido cabe indicar, que la legitimación de los acreedores para el ejercicio de la acción social es subsidiaria respecto a la sociedad y a los accionistas y desde esta perspectiva puede decirse que es de tercer grado, lo que no implica que necesariamente en todos los supuestos haya de haberse producido esa sucesión en los tres escalones. Pero lo que resulta evidente es que si la sociedad o, en su defecto, los accionistas han ejercitado la acción, los acreedores no llegan a alcanzar esa legitimación”.

¹⁰⁸² En efecto, el antiguo artículo 48.2 de la Ley Concursal determinaba que “sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar dichas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la Junta o Asamblea de socios”.

¹⁰⁸³ Según lo dispuesto en el artículo 48 quáter de la Ley Concursal, añadido en virtud de lo previsto en el apartado treinta y siete del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, “declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores”.

¹⁰⁸⁴ A tenor de lo previsto en el artículo 487 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 333.3. del TRLSA) la representación de la sociedad frente a los miembros de la Dirección la ostenta el Consejo de control.

¹⁰⁸⁵ Este mismo criterio es seguido por QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 757. Este autor sostiene que “...debe reconocerse legitimación específica al órgano de control (Consejo de vigilancia) para ejercer acción de responsabilidad contra los miembros del órgano de dirección con requisitos y efectos equivalentes a los previstos para la Junta general, pues también lo estaría haciendo en nombre de la sociedad. Se trataría entonces de que tanto la Junta general como el Consejo de vigilancia pudieran acordar alternativamente el ejercicio de la acción y de que las legitimaciones sucesivas sólo pudieran activarse si ni una ni otro lo hicieran”.

No se trata de excluir la legitimación de la Junta general, sino de reconocer que estamos ante una facultad o competencia compartida por la Junta general y el Consejo de control¹⁰⁸⁶.

B. DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ÓRGANO DE CONTROL Y EL ORGANISMO DE DIRECCIÓN

A priori cabe afirmar que no tienen porque plantearse conflictos de competencias entre el órgano de dirección y el de control, puesto que el primero es responsable de la gestión y representación de la sociedad y al segundo le corresponde llevar a cabo el control de dicha gestión y representar a la sociedad frente a los miembros del órgano de dirección. No obstante, tanto el RESE, como la Ley 19/2005 permiten que determinados actos de gestión deban ser sometidos a la previa autorización del Consejo de control¹⁰⁸⁷, pese a que la falta de autorización previa será inoponible frente a terceros, salvo que la sociedad pruebe que el tercero hubiera actuado en fraude o con mala fe en perjuicio de la sociedad¹⁰⁸⁸.

El legislador español ha previsto además, que el Consejo de control, cuando lo considere conveniente, podrá convocar a los miembros de la Dirección para que asistan a sus reuniones con voz pero sin voto. Es claro, por tanto, que la asistencia de los miembros de la Dirección a las reuniones del Consejo de control lo será con carácter consultivo¹⁰⁸⁹.

En relación con la convocatoria de la Junta general, ambos órganos son competentes a tal efecto, pero el posible conflicto entre ambos en esta materia ha quedado resuelto por la Ley 19/2005, puesto que el legislador español ha previsto que la competencia para la convocatoria de la Junta general corresponde a la Dirección, pero si no se convocare dentro del plazo legalmente establecido en el RESE o en el que estatutariamente se hubiera previsto, el Consejo de control quedara facultado para convocarla¹⁰⁹⁰. Asimismo, se faculta

¹⁰⁸⁶ CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., pág. 323.

¹⁰⁸⁷ Según lo dispuesto en los artículos 48 del RESE y 334 del TRLSA (actual artículo 489 de la Ley de Sociedades de Capital) las categorías de operaciones fijadas en los estatutos o determinadas por el Consejo de control deberán someterse a la autorización previa del referido órgano. En consecuencia, tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, ya cit., pág. 661: “aunque se parte de situaciones orgánicas formalmente distintas existe, desde el punto de vista funcional, un importante aspecto común derivado de que en el sistema dual con esta facultad del Consejo de vigilancia se pretende asegurar la vertiente de la llamada vigilancia preventiva o, en otros términos, la función «participativa» o codecisora del Consejo de vigilancia en asuntos importantes de gestión...”

¹⁰⁸⁸ Lo cierto es que según lo dispuesto en el artículo 489 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 334 del TRLSA) y dejando a salvo los supuestos en que la sociedad pruebe que el tercero ha actuado en fraude o con mala fe en perjuicio de la sociedad, la falta de autorización previa será inoponible frente a terceros, pero también es cierto que todo ello habrá de entenderse sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir la Dirección o, en su caso, los miembros del Consejo de control en el supuesto de autorización de una operación que cause un perjuicio a la sociedad. En este sentido ESTEBAN VELASCO, G., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, ya cit., págs. 676-677, sostiene que “el acuerdo negativo representa un veto con repercusiones internas, como infracción de su deber de diligencia en relación con los acuerdos del Consejo de vigilancia, relevante según circunstancias y ordenamientos, en la revocación, no reelección y eventual acción de responsabilidad. Pero si la operación en cuestión se lleva a cabo es eficaz frente a terceros. Y en todo caso, es decir, cuando se actúa conforme a la autorización –o se deja de actuar pese a la conformidad dada– la responsabilidad por la medida es del propio órgano de dirección”.

¹⁰⁸⁹ Según se desprende de la redacción dada al artículo 488 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 333.4. del TRLSA). Tal y como señala CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., pág. 320, “se establece de este modo una facultad de consulta y/o asesoramiento del Consejo de control, que puede ser necesaria para ejercitar su función de vigilancia permanente de la gestión”.

¹⁰⁹⁰ Así se establece en el artículo 337.1 y 2 del TRLSA (actual artículo 492.1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital). Además, a tenor de lo previsto en el artículo 54.2 del RESE, también puede convocar la Junta general “cualquier otro órgano o autoridad competente, con arreglo a la legislación nacional aplicable

al Consejo de control para convocar la Junta general cuando lo estime conveniente para el interés social¹⁰⁹¹.

También pueden plantearse determinados problemas competenciales por la aplicación de algunos sistemas de implicación de los trabajadores, puesto que en virtud de lo previsto en la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, el órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores pueden ostentar el derecho a ser informados y consultados “sobre aquellas cuestiones que afecten a la SE en sí misma y a cualquiera de sus centros de trabajo y empresas filiales situados en otros Estados miembros”¹⁰⁹². Ahora bien, dicha Ley al señalar el interlocutor de la SE a estos efectos, hace referencia al “órgano competente de la SE”¹⁰⁹³, sin determinar si en el sistema dual lo será la Dirección o el Consejo de control.

Además, la referenciada Ley cuando contempla el derecho del órgano de representación de los trabajadores a reunirse a petición propia para recibir información y ser consultados, si se dan circunstancias excepcionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores, especialmente, en los casos de traslado, venta o cierre de centros de trabajo o empresas, o de despidos colectivos, hace referencia al “órgano competente de la SE o a cualquier otro nivel de dirección de la SE más adecuado y con competencia para adoptar decisiones propias”¹⁰⁹⁴; e igualmente, al referirse al criterio del órgano de representación de los trabajadores, señala que dicha opinión se basará en el

a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio de la SE”. En consecuencia, de acuerdo con nuestra legislación son competentes los liquidadores para convocar la Junta general en la fase de liquidación (artículo 166 de la Ley de Sociedades de Capital), así como el Comisario del sindicato de obligacionistas en los supuestos establecidos en el artículo 428.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 304.2 del TRLSA) y el Juez de lo Mercantil del domicilio social a petición de los socios en los supuestos contemplados por los artículos 168 y 169 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 100.2 y 3, y 101 del TRLSA). Debemos de tener presente, tal y como señala BOQUERA MATARREDONA, J., “La Junta general de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 265, que “el artículo 55.3 del Reglamento regula la convocatoria judicial o administrativa de la Junta general, aunque el 337.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 492.2 de la Ley de Sociedades de Capital) se ha decidido por la convocatoria judicial más propia de nuestro sistema”.

¹⁰⁹¹ Según dispone el artículo 337.3 del TRLSA (actual artículo 492.3 de la Ley de Sociedades de Capital. Este artículo está en consonancia con lo previsto en el artículo 167 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 100 del TRLSA) que determina que “los administradores convocarán la Junta general siempre que lo consideren necesario o conveniente para los intereses sociales...”.

¹⁰⁹² De acuerdo con lo establecido en el artículo 17.1 de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. En cuanto al contenido de la información y consulta se señalan las cuestiones relacionadas con la estructura de la empresa, su situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, la producción y las ventas, la situación y evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales que afecten a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o de producción, los traslados de producción, las fusiones, la reducción del tamaño o cierre de empresas, centros de trabajo o partes importantes de estos y los despidos colectivos (parte 2 b) del Anexo a la DITSE y artículo 17.2 de la Ley 31/2006).

¹⁰⁹³ Efectivamente, en el apartado 2 del artículo 17 de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, se recoge el derecho del órgano de representación de los trabajadores a mantener al menos una reunión anual con el “órgano competente” de la SE, sobre la base de informes periódicos elaborados por el “órgano competente” en relación con la evolución y las perspectivas de las actividades de la SE.

¹⁰⁹⁴ En efecto, en el artículo 17.3, párrafo primero, de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, se recoge éste derecho de reunión con el “órgano competente de la SE”, o como expresamente se indica con “cualquier otro nivel de dirección de la SE más adecuado”.

informe elaborado “por el órgano competente de la SE o a cualquier otro nivel de dirección de la SE más adecuado y con competencia para adoptar decisiones propias”¹⁰⁹⁵.

De la citada normativa parece deducirse que será la Dirección, el consejero delegado, Comisión ejecutiva, etc., en definitiva, el que tenga un conocimiento más preciso sobre los temas objeto de información. Pero tal afirmación entra en colisión con el tratamiento dispensado por la Ley 31/2006, al tratar el deber de confidencialidad estableciendo que excepcionalmente “el órgano de control” o de administración (en referencia al sistema monista) no estará obligado a comunicar determinadas informaciones específicas¹⁰⁹⁶.

5. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

El RESE¹⁰⁹⁷, en la normativa relativa al órgano de control del sistema dualista, establece que este órgano elegirá de entre sus miembros un Presidente¹⁰⁹⁸.

Si la mitad de los miembros que componen el órgano de control fueron designados por los trabajadores, el nombramiento de Presidente deberá recaer en un miembro que haya sido designado por la Junta general de accionistas¹⁰⁹⁹.

El RESE también hace referencia al voto de calidad del Presidente¹¹⁰⁰, pero trata esta materia en la sección de normas comunes a ambos sistemas de administración, por lo que

¹⁰⁹⁵ A tenor de lo dispuesto en el artículo 17.3, párrafo segundo, de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, los informes sobre los que el órgano de representación de los trabajadores deba adoptar una opinión, serán elaborados por el “órgano competente de la SE” o por “cualquier otro nivel de dirección adecuado de la SE”.

¹⁰⁹⁶ Efectivamente, en el artículo 22.2 de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, se recoge que “excepcionalmente, el órgano de control o de administración de la SE o de una sociedad participante establecida en España no estará obligado a comunicar aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la SE o, en su caso, de la sociedad participante, o de sus respectivos centros de trabajo y empresas filiales, u ocasionar graves perjuicios en la estabilidad económica de estos. Esta excepción no abarcará aquellos datos que tengan relación con el volumen de empleo en la empresa”. Véase, en relación con los problemas competenciales que puede plantear la aplicación de algunos sistemas de implicación de los trabajadores, CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., pág. 325.

¹⁰⁹⁷ Lo cierto es que el artículo 42 del RESE establece la misma regulación que el artículo 45 (referido al sistema monista) recoge para el Consejo de administración. Así pues, esta normativa está directamente regulada por el RESE, es común para ambos sistemas de administración y estipula que el Presidente de estos órganos se elegirá de entre sus miembros; cuando la mitad de los miembros del órgano hayan sido designados por los trabajadores, sólo podrá ser elegido como Presidente un miembro que proceda del capital.

¹⁰⁹⁸ El Proyecto de 1970 recogía en el artículo 76.1 que el Consejo de vigilancia elegirá en su seno un Presidente y un Vicepresidente y el mismo artículo del Proyecto de 1975, indicaba que elegirá un Presidente y uno o varios Vicepresidentes. El Proyecto de 1989, también se refería en el artículo 65.1 a la elección entre sus miembros de un Presidente y de uno o varios Vicepresidentes. El artículo 65.1 del Proyecto de 1991, al igual que el artículo 42 del RESE, sólo hace referencia a la figura del Presidente.

¹⁰⁹⁹ Con esta cautela se trata de preservar el predominio de influencia del factor capital, evitando el debate sobre la constitucionalidad de la cogestión paritaria en relación con la garantía constitucional de la propiedad privada, ya que como declaró el Tribunal Constitucional alemán, a propósito de la Ley de Cogestión de 1976 en su famosa Sentencia de 1 de marzo de 1979 “en todo caso el legislador se mantiene dentro de los márgenes de la lícita determinación del contenido y de los límites de la propiedad si la cogestión de los trabajadores no lleva a que pueda decidirse sobre el capital invertido en la empresa contra la voluntad de todos los titulares de participaciones, si éstos no pierden, en base a la cogestión, el control sobre la elección de la dirección en la empresa y si se les otorga el derecho a la última decisión. Este es el caso de la Ley de Cogestión como se ha demostrado”. ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 587.

¹¹⁰⁰ En efecto, el artículo 50.2 El RESE, a falta de disposición estatutaria, otorga al Presidente de los diversos órganos el voto de calidad en caso de empate, si bien, en el supuesto de que la mitad del órgano de

reservo el desarrollo de este tema para más adelante, cuando me ocupe de dichas normas comunes.

La Ley 19/2005 declara de aplicación al Consejo de control lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital) para el funcionamiento del Consejo de administración de las sociedades anónimas, en cuanto no contradiga lo dispuesto en el RESE, por tanto, no se añade nada a lo establecido en el RESE sobre esta materia, dado que nuestra Ley de Sociedades de Capital se limita a señalar que, salvo disposición en contra de los estatutos, el Consejo de administración podrá designar un Presidente¹¹⁰¹. Ahora bien, al ser ésta una materia expresamente regulada por el RESE, no se podrá establecer ninguna disposición estatutaria en contra, en consecuencia, los miembros del Consejo de control están directamente facultados para elegir de entre sus miembros un Presidente.

Por lo tanto, los estatutos o reglamentos internos del Consejo de control serán los que establezcan las facultades del Presidente, aunque es lógico pensar que al Presidente le corresponda coordinar la labor del órgano, representar al mismo en las comisiones que puedan crearse y presidir sus sesiones, así como firmar las correspondientes actas¹¹⁰².

En cuanto al funcionamiento del órgano de control poco se dice en el RESE, en la sección de normas comunes, de la que me ocupare más adelante, se tratan los temas relativos al voto de calidad del Presidente, quórum y mayorías; por su parte el legislador español ha remitido esta materia, siempre y cuando no contradiga lo dispuesto en el RESE, a lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital) para el Consejo de administración¹¹⁰³.

En consecuencia, y salvo que los estatutos establezcan las normas sobre el funcionamiento del Consejo de control (o atribuyan su fijación a la Junta general), será el propio órgano el que determinará las reglas para su funcionamiento en el correspondiente reglamento de régimen interno¹¹⁰⁴. Debo señalar que no será aplicable al Consejo de control

control este compuesto por representantes de los trabajadores no se permite disposición estatutaria en sentido contrario, por tanto en los casos de cogestión el voto de calidad corresponderá siempre al Presidente por disposición imperativa. El carácter imperativo que se otorga al voto de calidad, en los supuestos de cogestión, está expresamente referido al órgano de control, no obstante, entiendo que también sería de aplicación al Consejo de administración del sistema monista, dado que en dicho sistema la inserción de los trabajadores tendrá lugar, precisamente, en este órgano colegiado.

¹¹⁰¹ De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 245.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1 del TRLSA) corresponde a los estatutos y, en su defecto, al Consejo de administración la designación de su Presidente, si bien hay que tener en cuenta que el RESE otorga esta facultad al propio órgano de control, por tanto no podrá establecerse en los estatutos de las SE domiciliadas en España, ninguna previsión en contra de la facultad que el RESE otorga al órgano de control para que éste elija de entre sus miembros un Presidente.

¹¹⁰² Nuestra Ley de Sociedades de Capital recoge, también, como funciones del Presidente del Consejo de administración la de presidir la Junta general, salvo que los estatutos dispongan otra cosa (artículo 191 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 110 del TRLSA–), realizar la convocatoria del consejo (artículo 246 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 140 del TRLSA–), y firmar las actas de las reuniones (artículo 250 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 142 del TRLSA–), éstas son las únicas facultades conferidas expresamente, por lo demás, su regulación queda confiada a la autonomía de la voluntad expresada vía estatutaria o por acuerdo del propio Consejo.

¹¹⁰³ Así se establece en el artículo 333.1 del TRLSA (actual artículo 485 de la Ley de Sociedades de Capital). Este artículo se remite, en cuanto al funcionamiento del Consejo de control, a lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para el funcionamiento del Consejo de administración de nuestras sociedades anónimas, siempre y cuando no contradiga lo dispuesto en el RESE.

¹¹⁰⁴ Según lo dispuesto en el artículo 245.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1 del TRLSA). La regulación del funcionamiento del órgano colegiado es otra de las competencias que este artículo atribuye a los estatutos sociales y si éstos no hicieran previsión alguna será el propio órgano el que regule su funcionamiento. Tal y como señala SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores (artículos 123 a 143)”, ya cit., pág. 141: “se trata de una facultad organizadora del consejo que puede suprimirse por los

la facultad que otorga nuestra Ley de Sociedades de Capital al Consejo de administración a efectos de designar de su seno una Comisión ejecutiva o uno o más Consejeros delegados¹¹⁰⁵, puesto que, los miembros del Consejo de control no asumen, en ningún caso, funciones ejecutivas, ya que tienen prohibido ejercer por sí mismos el poder de gestión de la SE¹¹⁰⁶. No obstante, podrá constituir de su seno las Comisiones que tenga por conveniente, aunque deberá asignarse a las mismas funciones relacionadas con el control de la gestión de la SE¹¹⁰⁷.

También será de aplicación al Consejo de control, lo dispuesto en nuestra Ley de Sociedades de Capital respecto a que sus discusiones y acuerdos deberán de constar en un libro de actas, que deberán ser firmadas por el Presidente y el Secretario¹¹⁰⁸. Sin embargo,

estatutos sociales, no ya pura y simplemente porque estos declaren que el consejo no podrá regular su funcionamiento (lo que ciertamente será extraño, pero posible en el caso de un extremado celo por mantener un cierto poder en este punto por parte de la Junta general), sino, de modo especial, porque la normativa estatutaria sea muy completa y precisa sobre la regulación del funcionamiento del consejo. Pues resulta evidente que a través de una regulación estatutaria exhaustiva, los estatutos pueden dejar sin contenido el poder de autonomía del consejo. Pero si no es así –y parece conveniente que no lo sea– será el propio consejo el que regule su funcionamiento”. Por su parte, y en relación con los reglamentos de régimen interno y las facultades de autorregulación del consejo, GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, J., “El Reglamento del Consejo de administración”, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 687-688, indica que “...la multiplicidad de configuraciones que en la práctica puede adoptar el Consejo de administración, en parte por la propia ductilidad de la sociedad anónima como forma organizativa y por su idoneidad intrínseca para acoger a empresas de muy diversas características, contribuye también a explicar esta facultad de autorregulación, que se concibe por ello como un instrumento para poder amoldar el régimen operativo del Consejo a sus concretas necesidades y circunstancias...Cabria añadir además que las prerrogativas normativas del Consejo, al ceñirse legalmente a la regulación de su propio «funcionamiento» (artículo 141.1 de la Ley de Sociedades Anónimas –actual artículo 245.2 de la Ley de Sociedades de Capital–), tienen por naturaleza un carácter meramente interno e instrumental...”, más adelante, en la pág. 694, añade que “...elementales razones de agilidad y eficiencia aconsejan remitir las reglas que tengan un carácter meramente procedimental al reglamento, para evitar que las mismas queden sometidas al régimen de estabilidad que es propio de los estatutos e, incluso, para no distorsionar el genuino significado institucional de éstos con reglas de escaso o nulo contenido jurídico”.

¹¹⁰⁵ A tenor de lo previsto en el artículo 249.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1 *in fine* del TRLSA). Este artículo establece la facultad de delegación a favor de los estatutos sociales o del propio Consejo de administración. Tal y como recoge POLO SANCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 468, “...la delegación es sólo posible en los casos en que el órgano de administración esté constituido por el consejo, la potestad de la delegación reposa en primer término en los estatutos sociales y, sólo en el caso de que éstos no se opongan o se limiten a autorizarla en el propio consejo”.

Lo cierto es que la composición plural de los órganos colegiados y la necesidad de actuar colegiadamente para el desarrollo de sus funciones, puede dar lugar a una falta de operatividad que se ve incrementada cuanto más numerosa sea la composición del órgano. Es por lo que, en orden a dotar a este tipo de órganos de una mayor operatividad, se impone la práctica de la delegación, si bien, dicha práctica tiene sentido cuando hablamos de órganos colegiados con funciones de gestión, donde se requiere una agilidad en las decisiones que puede verse lastrada por una actuación colegiada, pero tal supuesto no se dará en el caso de un órgano de control al que no le vienen encomendadas funciones de gestión.

¹¹⁰⁶ Así se establece en el artículo 40.1 del RESE. Este artículo dice expresamente que el órgano de control “no podrá ejercer por sí mismo el poder de gestión de la SE”. En consecuencia, la función primordial del Consejo de control será la de vigilar o supervisar la gestión encomendada a la Dirección. Según doctrina y jurisprudencia de los países que conocen el sistema dual, los criterios valorativos conforme a los cuales debe desempeñar su función el órgano de control son: legalidad, ordenada organización y oportunidad económica. Véase ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, ya cit., pág. 576.

¹¹⁰⁷ Hay que tener en cuenta que en España el Comité de auditoría es obligatorio en el caso de sociedades cotizadas y que tal normativa es aplicable a las SE que decidan establecerse nuestro territorio. Me remito, en esta materia, a lo ya manifestado en el correspondiente epígrafe relativo al Comité de auditoría de las SE cotizadas (Capítulo cuarto, sección primera, apartado III, punto 3 de esta Tesis doctoral).

¹¹⁰⁸ Según lo dispuesto en el artículo 250 de la Ley de sociedades de Capital (antiguo artículo 142 del TRLSA). “El deber, no sólo poder de firmar las actas, atribuido por la Ley no sólo al Secretario del Consejo,

no será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital para la impugnación de acuerdos¹¹⁰⁹, puesto que la Ley 19/2005 ha regulado expresamente este extremo, permitiendo que cada uno de los miembros de los órganos colegiados de la SE puedan impugnar los acuerdos nulos o anulables adoptados en el seno del Consejo o Comisión a que pertenezcan¹¹¹⁰.

6. REMUNERACIÓN

En relación con la remuneración de los miembros del órgano de control, debo decir que, tanto el RESE, como la Ley 19/2005 guardan silencio sobre la retribución de los miembros de los distintos órganos de la SE, por lo que según el sistema de fuentes establecido en el RESE¹¹¹¹, será de aplicación lo previsto para los administradores de nuestras sociedades anónimas y siguiendo la normativa aplicable a las sociedades anónimas constituidas en España en materia de retribución de los administradores¹¹¹², estatutariamente

sino asimismo a su Presidente, constituye una manifestación de la responsabilidad social que deben asumir las personas que ostentan ambos cargos en cuanto a la veracidad de su contenido. Por ello la Ley no se ha contentado con la exigencia de que las actas se firmen únicamente por el Secretario, que es, en principio, quien parece tener atribuida, siquiera sea implícitamente, la fe social, añadiendo, en todo caso, el visto bueno del Presidente. POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 495.

¹¹⁰⁹ De la impugnación de los acuerdos del Consejo de administración de nuestras sociedades anónimas se ocupa el artículo 251 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 143 del TRLSA). Este artículo regula la impugnación de acuerdos del Consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración (Comisiones ejecutivas) de nuestras sociedades anónimas. En éste sentido SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores (artículos 123 a 143)”, ya cit., pág. 536, señala: “...en el sistema de nuestra Ley junto al Consejo de administración puede surgir una Comisión ejecutiva o delegada, que tiene la caracterización de órgano y ha de entenderse –a nuestro juicio– que son impugnables, no sólo los actos del consejo, sino también los de la Comisión ejecutiva, en cuanto órgano administrativo delegado”, más adelante añade “Para la aplicación del artículo 143 (actual artículo 251 de la Ley de Sociedades de Capital), es preciso que se trate de un acuerdo de un órgano colegiado de administración, lo que por un lado quiere decir, que aquellos acuerdos de las Comisiones que no tengan este carácter (v. gr., Comisión de inversiones, Comisión de organización, etc.), que puedan existir en el seno del consejo, pero que no tengan la condición de Comisión ejecutiva o delegada, no podrán impugnarse, en cuanto que son acuerdos adoptados por comisiones que no tienen la consideración de órgano de administración”.

¹¹¹⁰ De acuerdo con lo establecido en el Artículo 336 del TRLSA (actual artículo 491 de la Ley de Sociedades de Capital). El legislador español al adoptar las disposiciones pertinentes para garantizar la efectiva aplicación del RESE, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 68.1 del referido texto legal, ha regulado la impugnación de los acuerdos de los órganos de administración de la SE, en consecuencia y según lo establecido en el sistema de fuentes será de aplicación, a las SE que decidan establecerse en España, lo previsto en el artículo 491 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 336 del TRLSA) con carácter preferente a las disposiciones nacionales que son de aplicación a nuestras sociedades anónimas.

¹¹¹¹ Al sistema de fuentes se refiere el Artículo 9 del RESE. Este artículo remite en las materias no reguladas o reguladas sólo en parte, respecto a los aspectos no cubiertos, a las disposiciones que específicamente adopten los legisladores para las SE, a las disposiciones que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales, a las disposiciones estatutarias en las mismas condiciones que rijan para las sociedades anónimas nacionales.

¹¹¹² Recogida en el artículo 217.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 130 párrafo primero de la Ley de Sociedades Anónimas) y en el artículo 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil, donde se establece que cuando estatutariamente se determine el sistema de retribución de los administradores, el cargo será retribuido, por tanto si los estatutos no contienen ninguna mención relativa al sistema de retribución, el cargo será gratuito. En los supuestos en que se opte por un sistema de administración dual la referencia hecha a los administradores por el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 130 del TRLSA), debe entenderse referida tanto a los miembros del órgano de dirección, como de control. Todo ello, sin perjuicio de que en relación con el sistema dual nos planteemos la posibilidad de que el órgano de control, en función del poder de representación que le atribuye el artículo 487 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 333.3 del TRLSA), sea el encargado de fijar la remuneración de los miembros del órgano de dirección. En este sentido, el artículo 63.1 de los Proyectos de estatuto de SE de 1970 y 1975, disponía que el Consejo de vigilancia debía de celebrar en nombre de la sociedad un contrato con cada uno de los miembros del Comité de dirección en que se fijaría el modo y la cuantía de su remuneración.

deberá de fijarse si el cargo es retribuido, lo que se hará mediante la determinación del sistema de retribución, teniendo en cuenta los límites que específicamente se establecen¹¹¹³. Ahora bien, en los supuestos en que los estatutos prevean que la retribución consista en la entrega de acciones o de derechos de opción sobre las mismas o que este referenciado al valor de las acciones, su aplicación requerirá un acuerdo de la Junta general de accionistas¹¹¹⁴.

Cuando se trate de sociedades cotizadas, el informe del Consejo de control, que debe integrar el informe anual de gobierno corporativo de la SE, deberá de incluir, entre otros datos, el relativo a la retribución de sus miembros¹¹¹⁵.

En relación con la materia de remuneración, el Código Unificado de Gobierno Corporativo contiene diversas recomendaciones, tanto relativas al régimen retributivo¹¹¹⁶, como a la Comisión de retribuciones¹¹¹⁷.

¹¹¹³ Según lo dispuesto en el artículo 218.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 130 párrafo primero de la Ley de Sociedades Anónimas), cuando la retribución consista en un participación en beneficios, dicha participación sólo podrá ser detrída de los beneficios líquidos una vez que se hayan cubierto las atenciones de la reserva legal y, en su caso, de la estatutaria, y que se haya reconocido a los accionistas un dividendo mínimo del cuatro por ciento, o superior si así se ha dispuesto estatutariamente. Señalaré, que no se hace ninguna mención al dividendo preferente atribuido por el artículo 99 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 91 del TRLSA) a las acciones sin voto, considero, no obstante, que también constituirá un límite a los indicados efectos. Véase POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 211.

¹¹¹⁴ A tenor de lo previsto en el artículo 219.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 130 párrafo segundo de la Ley de Sociedades Anónimas). El preceptivo acuerdo deberá de expresar, en su caso, “el número de acciones a entregar, el precio del ejercicio de los derechos de opción, el valor de las acciones que se tome como referencia y el plazo de duración de este sistema de retribución” (artículo 219.2 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 130 párrafo segundo *in fine* del TRLSA–).

¹¹¹⁵ La disposición adicional cuarta de la Ley 19/2005 modificó determinados artículos de la Ley de Mercado de Valores añadiendo un nuevo apartado 6 al artículo 116, por el que se establecía, para las SE cotizadas domiciliadas en España que hubieran optado por un sistema dual de administración, que junto al informe anual de gobierno corporativo elaborado por la Dirección, se acompañara un informe elaborado por el Consejo de control sobre el ejercicio de sus funciones. Concretamente sobre retribuciones véase el artículo 116, apartados 4.b) y 6 de la Ley de Mercado de Valores y la Orden del 26 de diciembre de 2003. Según lo establecido en la citada Orden en el informe anual de gobierno corporativo, dentro del epígrafe relativo a la estructura de la administración de la sociedad, se contendrá, entre otras, la siguiente información: “remuneración de los miembros del Consejo de administración. Se incluirá en todo caso la remuneración global del Consejo de administración. A estos efectos, se entenderá en todo caso comprendidas dentro de la remuneración el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengadas en el curso del ejercicio por los miembros del órgano de administración, cualesquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros de vida respecto de los miembros antiguos y actuales del órgano de administración”. El artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores ha sido derogado por la disposición final quinta, apartado veintinueve, de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, publicada en el BOE número 55 el día 5 de marzo de 2011 y que entró en vigor, a tenor de lo dispuesto en la disposición final sexagésima, al día siguiente de su publicación, es decir, el 6 de marzo de 2011. El contenido del artículo 116 ha quedado recogido en el artículo 61 bis del nuevo Capítulo VI, añadido por la mencionada Ley 2/2011 al Título IV de la Ley de Mercado de Valores. A mayor abundamiento la citada Ley de Economía Sostenible ha procedido a añadir un nuevo artículo el 61 ter en virtud del cual “junto con el Informe Anual de Gobierno Corporativo, el Consejo de las sociedades anónimas cotizadas deberá elaborar un informe anual sobre las remuneraciones de sus consejeros...”.

¹¹¹⁶ El Código Unificado de Gobierno Corporativo se ocupa de la materia de retribuciones en las Recomendaciones 35 a 41, ambas inclusive. La Recomendación 35 hace referencia al régimen de aprobación y transparencia de las retribuciones; las Recomendaciones números 36, 37, 38 y 39 establecen diversos criterios orientadores; la Recomendación número 40 está referida a la votación consultiva por la Junta general y la Recomendación 41 a la transparencia de retribuciones individuales. Para un conocimiento más amplio del contenido de estas recomendaciones puede consultarse MATEU DE ROS CERREZO, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, ya cit. págs. 317-335.

¹¹¹⁷ Tal y como recoge SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 741: “para el buen ejercicio de las funciones del Consejo de administración, y con el fin de buscar su mayor eficiencia con las participación más activa de todos sus miembros en sus labores, así como con la

finalidad de división del trabajo, el movimiento del gobierno societario ha aconsejado la constitución dentro del mismo de comisiones que se ocupen del estudio y asesoramiento al pleno del consejo sobre determinados asuntos, con el fin de que puedan servir como medio para su conocimiento más profundo y de preparar de la manera más adecuada posible las decisiones del consejo”.

El Código Unificado de Gobierno Corporativo dedica las Recomendaciones 57 y 58 a la Comisión de retribuciones. La Recomendación 57 dice que además de las funciones encomendadas en las recomendaciones precedente, corresponde a la Comisión de retribuciones: a) proponer al Consejo de administración: la política de retribución de los consejeros y altos directivos, la retribución individual de los consejeros ejecutivos y las demás condiciones de sus contratos, las condiciones básicas de los contratos de los altos directivos; b) velar por la observancia de la política retributiva establecida por la sociedad. Por tanto tal y como dice MATEU DE ROS CEREZO, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, ya cit. pág. 369 “El Código Unificado de Gobierno Corporativo da por supuesto que el consejo es el órgano competente para fijar el importe y la distribución de la retribución de los consejeros dentro de la norma estatutaria necesaria a efecto de acuerdo con el artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículos 217 a 219 de la Ley de Sociedades de Capital) y sin perjuicio de la aprobación por la Junta general de los sistemas referenciados según dispone ese mismo precepto”. Por su parte, la número 58 recomienda “que la Comisión de retribuciones consulte al Presidente y al primer ejecutivo de la sociedad, especialmente cuando se trate de materias relativas a los consejeros ejecutivos y altos directivos”, en cuanto a esta recomendación MATEU DE ROS CEREZO, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, ya cit. pág. 368, considera que “si bien la asistencia del Presidente o del primer ejecutivo a las reuniones de la comisión aunque prevista en el Código Unificado de Gobierno Corporativo (Recomendación 44 b) no debe ser permanente o sistemática, el Código Unificado de Gobierno Corporativo se refiere con criterio acertado a la indispensable consulta o participación que han de tener en relación con los acuerdos de la comisión que se refieren al otro u otros consejeros ejecutivos”.

SECCIÓN SEGUNDA

EL SISTEMA MONISTA

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Este sistema se encuentra regulado en la sección segunda del Título III del RESE¹¹¹⁸ y por lo que respecta al ordenamiento jurídico español, su regulación se recoge en la sección 1ª del Capítulo IV del Título XIII de la Ley de Sociedades de Capital (antigua subsección primera de la sección tercera del Capítulo XII del TRLSA)¹¹¹⁹.

Tal y como ya he apuntado en diversas ocasiones, el tema relativo a la administración de la SE ha sido uno de los más controvertidos a lo largo del proceso de gestación de la SE y, junto con la materia referente a la participación de los trabajadores, ha constituido uno de los principales obstáculos para la aprobación del estatuto de la SE.

Finalmente, el texto definitivamente aprobado por el RESE permite a las SE elegir entre un sistema de administración dual o monista¹¹²⁰. La opción así ejercitada es una opción libre, cerrada y formal.

El sistema monista es la otra opción que se ofrece a las SE para organizar su administración. Así pues, la SE contará en su estructura organizativa con una Junta general de accionistas concebida como un órgano necesario, no opcional y común a ambos sistemas de administración, pudiendo elegir, en el ámbito de la administración, cualquiera de los dos sistemas propuestos. Ambas opciones se sitúan al mismo nivel, permitiendo por tanto, que

¹¹¹⁸ Efectivamente, a la regulación del sistema monista se dedican los artículos 43 a 45 del RESE. El hecho de que se dediquen solamente tres artículos a la regulación de este sistema se debe probablemente, en opinión de diversos autores, a la inclusión tardía del sistema monista en la elaboración del propio RESE. En este sentido, véase QUIJANO GONZÁLEZ, J. “El sistema monista”, ya cit. Pág. 597 y PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. y, ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, V., “La administración de la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., pág. 219.

¹¹¹⁹ Nuestra Ley de Sociedades de Capital dedica un sólo artículo a la regulación del sistema monista, el artículo 477 (antiguo artículo 328 del TRLSA). Lo cierto es que la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la SE domiciliada en España al ocuparse del sistema monista (que es el único regulado para las sociedades anónimas nacionales) se ha limitado a declarar de aplicación al órgano de administración de las SE, que decidan establecerse en nuestro territorio, las disposiciones contempladas en nuestra Ley de Sociedades de Capital (antigua Ley de Sociedades Anónima) para los administradores de nuestras sociedades anónimas, siempre que no contradiga lo dispuesto en el RESE y en la Ley que regule la implicación de los trabajadores. Indudablemente, este sistema está ampliamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que es el único conocido y esta circunstancia, probablemente, es la que ha motivado la remisión efectuada por el legislador.

¹¹²⁰ A tenor de lo previsto en el artículo 38 del RESE. Cabe señalar que este artículo no marca prioridad alguna entre ambos sistemas de administración, por lo tanto a la hora de formalizar, mediante la correspondiente disposición estatutaria, el sistema de administración elegido, ambas opciones se encuentran al mismo nivel. En coordinación con esta disposición el artículo 476 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 327 del TRLSA) dispone que las SE que decidan establecerse en España podrán optar por un sistema de administración monista o dual. La opción ejercitada deberá de constar en los estatutos. Tal y como señala QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico), ya cit., pág. 165, “se trata de una opción libre que cada SE debe poder ejercer formalizándola en los estatutos, sin que quepan otras combinaciones, estructuras mixtas o cualquier otra variante que no sea uno de los sistemas previstos”.

cada SE, mediante la correspondiente consignación en los estatutos, pueda elegir libremente entre un sistema u otro.

Ahora bien, ambos sistemas de administración son muy diferentes y obedecen a distintas concepciones y tradiciones sobre los intereses a considerar en una adecuada distribución del poder de decisión en la sociedad anónima. El sistema monista se caracteriza porque tiene un único órgano de administración dotado de un contenido propio¹¹²¹.

La SE podrá optar libremente¹¹²² (al igual que sucedía en el Proyecto de 1989) por cualquiera de los dos sistemas (a diferencia del Proyecto de 1991, que otorgaba a los Estados miembros la posibilidad de imponer a las SE domiciliadas en su territorio uno de los dos sistemas)¹¹²³, para ello es necesario que los Estados miembros adopten las medidas pertinentes a efectos de que en su ordenamiento jurídico societario se regulen ambos sistemas. El propio RESE posibilita la adopción de las medidas necesarias, en relación con las SE, para la regulación del sistema dual¹¹²⁴ o monista¹¹²⁵, en orden a garantizar el ejercicio efectivo de la opción (en coherencia con el artículo 9.1.c.i que hace referencia a las disposiciones legales que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a las SE).

La opción a ejercitar es una opción cerrada en cuanto a su contenido. Se podrá optar por el sistema dual o monista, no por otro distinto existente en algún ordenamiento jurídico de los Estados miembros¹¹²⁶, y tampoco caben formulas mixtas o combinadas de ambos sistemas; optar por uno de los sistemas establecidos implica adoptarlo íntegramente¹¹²⁷.

¹¹²¹ El sistema monista se caracteriza por la existencia de un órgano de administración exclusivamente, cuyo contenido no es la suma técnica de las funciones de control y dirección que en el sistema dual están asignadas a dos órganos diferenciados. Administración en un sistema no es control más dirección en el otro, ni hay una equivalencia o correspondencia de funciones sobre la que se pueda establecer una base analógica de tratamiento jurídico en muchos aspectos.

El binomio control-dirección sobre el que se organiza el sistema dual no tiene una correspondencia material con el alcance del concepto administración en el sistema monista, sin perjuicio de que la práctica de la delegación interna en este caso haya terminado provocando una cierta asimilación entre órgano de control y órgano de administración en pleno, por un lado, y entre órgano de dirección y delegados, por otro. Pero esta “asimilación funcional” no debe confundirse con una identidad de posiciones jurídicas que, en aspectos tan significativos como el ámbito competencial o las relaciones interorgánicas (entre sí y con la Junta general), mantienen diferencias apreciables, como es bien notorio. QUIJANO GONZÁLEZ, J. “El sistema monista”, ya cit., pág. 593.

¹¹²² Tal opción se ejercerá sin condicionamiento alguno y con independencia de los Estados de procedencia de las sociedades que formen la SE, o del Estado miembro donde la SE fije su domicilio social. Se debe resaltar por tanto en materia organizativa de la SE el papel que el artículo 38 del RESE otorga a la autonomía de la voluntad expresada mediante la correspondiente disposición estatutaria. En cuanto a las SE que decidan establecerse en España, nuestro legislador en el artículo 476 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo 327 del TRLSA) ha recogido la posibilidad de opción en términos similares a lo preceptuado en el RESE.

¹¹²³ En efecto, el Proyecto de estatuto de SE de 1991 establecía en su artículo 61 que la estructura de la SE debía determinarse estatutariamente mediante la elección de un sistema dual o monista, pero permitía que los Estados miembros impusieran uno de los dos sistemas a las SE que decidieran establecerse en su territorio. Tal posibilidad permitía, a los países reticentes a aceptar uno de los dos sistemas, imponer a las SE que decidieran establecerse en su territorio el sistema de administración acorde con su modelo nacional.

¹¹²⁴ Con el fin de garantizar la libre opción por uno de los dos sistemas, el artículo 39.5 del RESE contiene una autorización genérica para que los Estados miembros, que desconozcan en sus ordenamientos jurídicos el sistema dual, adopten las pertinentes medidas en orden a su regulación, a efectos de que las SE que decidan establecerse en su territorio puedan optar por uno de los dos sistemas, según lo previsto en el RESE.

¹¹²⁵ En relación con el sistema monista el artículo 43.4 del RESE, con una redacción similar al artículo 39.5, autoriza con carácter genérico a los Estados miembros, que no regulen el sistema monista para sus sociedades anónimas nacionales, a adoptar las medidas oportunas para las SE, a fin de garantizar el ejercicio de la libre opción entre los dos sistemas recogidos en el RESE.

¹¹²⁶ Cabe citar, en este sentido, el *Coleggio sindacale* en el Derecho Italiano. En efecto, en el denominado sistema tradicional la Junta general nombra un administrador único o un Consejo de administración (al que compete la gestión) y un Colegio sindical (al que competen los controles). El Colegio

El RESE, en definitiva, consciente de la existencia de dos sistemas diferentes de organizar la administración de las sociedades anónimas en la Comunidad, ha querido evitar el inconveniente que de ahí pudiera derivar para la utilización de la figura y ha pretendido resolverlo ofreciendo la posibilidad de que cada SE escoja entre los dos sistemas¹¹²⁸. Pero consciente también de las implicaciones orgánicas que cada sistema tiene, no permite alterar los aspectos propios que configuran la estructura y el funcionamiento de cada uno, en la medida en que constituyen elementos esenciales de caracterización. A estos efectos la unidad o dualidad de órganos y en este caso, la asignación diferenciada de funciones es, en síntesis, el sustrato básico que respectivamente debe ser asumido como resultado de la opción¹¹²⁹.

Por último, debo decir que la opción tiene carácter formal, puesto que ha de reflejarse en los estatutos sociales. No se contempla, mediante fórmula supletoria alguna, la posibilidad de que no se ejercite tal opción¹¹³⁰. Tampoco se permiten fórmulas alternativas u opciones sucesivas; sin embargo, mediante la modificación de los estatutos, observando los requisitos exigidos al efecto, se podrá cambiar de opción.

Centrando la atención en el sistema monista resaltaré que la posibilidad recogida en el RESE de opción por este sistema de administración, está unida a los avatares seguidos por la SE que obligaron a introducir el sistema monista, con carácter de instrumento alternativo, a fin de desbloquear el proyecto de estatuto de la SE.

sindical, según el artículo 2397, está compuesto por tres o cinco miembros efectivos además de dos síndicos suplentes. Los síndicos pueden ser socios o no socios y deben tener los requisitos de profesionalidad indicados en la Ley, además según dispone el artículo 2397.2, al menos un miembro y un suplente tienen que ser elegidos de entre los inscritos en el registro de auditores contables del Ministerio de Justicia, los restantes miembros, si no están inscritos en tal registro, tienen que ser elegidos de entre los inscritos en registros de profesionales del Ministerio (entre los que se hallan el de abogados y el de profesores mercantiles) o entre profesores universitarios de plantilla en materias económicas y jurídicas. Todos los miembros del colegio tendrán que estar inscritos en el registro de auditores contables en caso de que el órgano desempeñe también la función de control contable (artículo 2409-bis). Además, deben de ser independientes respecto del órgano de gestión, pudiendo los estatutos prever, para garantizar la calidad de las prestaciones de los síndicos, un límite a la acumulación de cargos en Colegios sindicales de otras sociedades (artículo 2399, último inciso). Corresponde a este órgano la vigilancia del cumplimiento de la Ley, de los estatutos y de las normas de autorregulación a las que la sociedad se haya adherido, del respeto a los principios de diligente administración y, en particular, sobre la adecuación del entramado organizativo, administrativo y de contabilidad adoptado por la sociedad para su concreto funcionamiento, así como la promoción de la acción social de responsabilidad. Además, en el Derecho italiano nos encontramos con otros dos sistemas: el sistema dualista en el que la Junta general de socios nombra un Consejo de vigilancia (al que competen las funciones de control y funciones que en el sistema tradicional corresponden a la Junta, como por ejemplo la aprobación del balance ordinario) y éste nombra un Consejo de gestión (al que compete la administración) y el sistema monista en el que la Junta general nombra un Consejo de administración (al que compete la gestión) que constituye en su interior un Comité para el control sobre la gestión (al que compete la función de control). Véase TOFFOLETTO, A., "Administración y controles", ya cit., págs. 283, 284, 306, 307 y 309.

¹¹²⁷ Del tenor literal del artículo 38 del RESE se desprende la imposibilidad de optar por otro sistema distinto a los ofertados. La regulación contenida en este artículo tiene carácter imperativo, "la SE constara de: a) una Junta general de accionistas, y b) bien un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual), bien un órgano de administración (sistema monista)...". La opción otorgada lo es entre los dos sistemas, cuya composición se detalla.

¹¹²⁸ Así, en el Considerando decimocuarto del RESE se señala que "se debe tener en cuenta el hecho de que, por lo que respecta a la organización de la administración de las sociedades anónimas, existen actualmente dos sistemas diferentes en la Comunidad. No obstante, conviene, manteniendo la posibilidad de que la SE escoja entre los dos sistemas llevar a cabo una delimitación clara entre las responsabilidades de las personas encargadas de la gestión y las de las personas encargadas de la vigilancia".

¹¹²⁹ QUIJANO GONZÁLEZ, J. "El sistema monista", ya cit., pág. 596.

¹¹³⁰ El ejercicio de esta opción mediante la correspondiente constatación en los estatutos sociales, constituye, por tanto, un requisito necesario cuya falta motivará la denegación de la inscripción registral. Efectivamente, el artículo 38 del RESE permite la libre opción entre uno de los dos sistemas, pero establece la necesidad de que dicha elección se haga constar en los estatutos.

Tanto el Proyecto de estatuto de SE de 1970 como el de 1975 presentaban un modelo de estructura organizativa de clara influencia germánica y por tanto, no contenían referencia alguna al sistema monista, estableciendo, obligatoriamente, el sistema dual al igual que ocurría con el Proyecto de Quinta Directiva de 1972, lo que suscitó importantes críticas en diversos Estados miembros (especialmente en Inglaterra e Italia) y llevó a la búsqueda, por parte de la Comisión, de soluciones más flexibles, aceptando la armonización por la vía de la equivalencia funcional de distintos sistemas. El Proyecto modificado de Quinta Directiva, que se presentó en 1983, al referirse al sistema de administración recogía literalmente que: “la introducción generalizada del sistema dualista sobre una base imperativa es actualmente impracticable pero es deseable que todas las sociedades anónimas puedan tener acceso al mismo sobre una base facultativa; los sistemas unitarios pueden, pues, ser mantenidos con la condición de que estén provistos de ciertas características destinadas a armonizar su funcionamiento con el de los sistemas dualistas”¹¹³¹. Esta propuesta abre por primera vez la opción de estructura organizativa entre ambos sistemas de administración¹¹³². Ahora bien, el sistema monista configurado en el Proyecto de Quinta Directiva de 1983 presentaba un modelo de órgano de administración que reflejaba la situación en que se encontraba en ese momento el debate sobre la inserción de la participación de los trabajadores en la estructura orgánica de la sociedad. Se intentaba mantener la filosofía del sistema dual¹¹³³ forzando la inserción de la participación de los trabajadores en el órgano único del sistema monista, para ello se acudía a hacer una distinción entre los miembros que componían el órgano unitario dividiéndolos en miembros gerentes (encargados, en exclusiva, de la gestión de la sociedad) y no gerentes (encargados del control de la gestión). Los miembros no gerentes serían los nombrados por la Junta general y por los trabajadores en distintas proporciones máximas y mínimas, siendo ésta la vía para introducir en el sistema monista los objetivos de cogestión que se pretendían mantener en ambos modelos¹¹³⁴.

Como ya he indicado anteriormente, aunque la Quinta Directiva no prosperó¹¹³⁵ sí permitió allanar el camino en cuanto a la configuración de la estructura orgánica de la SE y, en consecuencia, el Proyecto de estatuto de SE de 1989 permitía a las SE optar entre un sistema de administración dual o monista.

En cuanto al sistema monista, el Proyecto de estatuto de SE de 1989¹¹³⁶ configuraba un órgano de administración con delegación obligatoria de la dirección en uno o varios miembros, buscando así una aproximación al sistema dual¹¹³⁷. La propuesta de Proyecto de

¹¹³¹ ESTEBAN VELASCO, G., “La estructura de las sociedades anónimas en el derecho comunitario (el proyecto modificado de la quinta directiva)”, ya cit., pág. 239.

¹¹³² Si bien, todavía, con notables limitaciones, ya que la opción aparecía como una concesión a los Estados miembros que se reservaban la posibilidad de imponer el sistema dualista como obligatorio.

¹¹³³ El sistema dual, al contar con dos órganos uno de dirección encargado de la gestión y otro de vigilancia encargado del control de la gestión, permitía instrumentar la participación de los trabajadores donde debía estar, es decir, en el órgano de vigilancia y no en el de gestión.

¹¹³⁴ QUIJANO GONZÁLEZ, J. “El sistema monista”, ya cit., pág. 598. Tal y como señala este autor resultaba “un modelo notablemente artificioso y escasamente homologable”.

¹¹³⁵ A pesar de que con posterioridad a 1983, y en un intento de recuperación, se presentaron las propuestas modificadas de 1990 y 1991, que por decisión expresa de la Comisión de 11 de diciembre de 2001, quedaron formalmente retiradas bajo la calificación de “propuestas obsoletas”.

¹¹³⁶ Según lo dispuesto en el artículo 62.2 del Proyecto de estatuto de SE de 1989, los miembros del órgano de administración del sistema monista designarán entre ellos a los miembros directivos (que serán en número inferior a los restantes miembros del órgano), la función primordial de los miembros no directivos será la de controlar y vigilar a los directivos.

¹¹³⁷ Ello permitía establecer la distinción entre miembros directivos y miembros no directivos. Ahora bien, teniendo en cuenta que el tema relativo a la participación de los trabajadores no se trataba en el proyecto de estatuto de SE, sino que se remitía expresamente a una propuesta de directiva complementaria, que posibilitaba ordenar la participación de los trabajadores, bien a través de un órgano societario (órgano de vigilancia u órgano de administración) o mediante un órgano propio o, bien a través de otras fórmulas establecidas en convenio específico, pierde sentido esta cautela que, obviamente, era necesaria en la

estatuto de SE de 1991 suprimió la distinción entre miembros del órgano de administración del sistema monista mediante el procedimiento de hacer voluntaria la delegación del poder de gestión¹¹³⁸, aunque, por el contrario, permitió a los Estados miembros imponer uno de los sistemas de administración, condicionando de esta forma el ejercicio de opción entre ambos sistemas¹¹³⁹.

El estatuto de SE definitivamente aprobado, posibilita la libre opción entre los dos sistemas no pudiendo los Estados miembros establecer imposición alguna al respecto, aunque pueden estipular la correspondiente delegación en las mismas condiciones que estén establecidas para las sociedades anónimas con domicilio en su territorio¹¹⁴⁰.

El proceso evolutivo del sistema monista ha dado como resultado un sistema de administración que concentra en un órgano unitario las funciones directivas, gestoras y representativas, disponiendo de un poder autónomo de decisión frente a la Junta general. En este sistema de administración las funciones de control no se atribuyen a otro órgano; ello no quiere decir que no se someta a control alguno, sino que éste se ejerce en otro esquema de relaciones interorgánicas a través de la Junta general, auditores externos, autoridad pública (sociedades que llevan a cabo actividades que otorgan competencias de intervención y disciplina a la autoridad pública), etc.

No obstante, el órgano de administración, sobre todo en empresas de gran tamaño, ha organizado su funcionamiento interno a través de la delegación de facultades, lo que permite cierta diferenciación entre funciones de control y gestión, sin perder de vista la unicidad orgánica del mismo¹¹⁴¹.

perspectiva ofrecida por el Proyecto de Quinta Directiva de 1983, a efectos de insertar la participación de los trabajadores en el sistema monista.

¹¹³⁸ Efectivamente, el artículo 66.2 del Proyecto de 1991 configuraba una delegación voluntaria: “el órgano de administración podrá delegar a uno o varios de sus miembros únicamente el poder de gestión de la SE”.

¹¹³⁹ Lo cierto es que a tenor de lo previsto en el artículo 61 del Proyecto de 1991 se otorgaba una autorización a los Estados miembros para imponer a las SE que decidieran establecerse en su territorio uno de los dos sistemas de administración. Tal posibilidad permitía a los países reticentes a aceptar uno de los dos sistemas imponer a las SE, que decidieran establecerse en su territorio, el sistema de administración acorde con su modelo nacional.

¹¹⁴⁰ Efectivamente, el artículo 43.1 del RESE se limita a remitir a los Estados miembros la posibilidad de estipular que “el responsable de la administración corriente sea uno o más consejeros delegados en las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas con domicilio en su territorio”. En consecuencia, se faculta a los Estados miembros para que, si lo consideran conveniente, puedan estipular la delegación obligatoria, ahora bien, deberán de hacerlo en las mismas condiciones que estuvieran establecidas para las sociedades anónimas nacionales, prima, por tanto, en la autorización otorgada este elemento configurador. Véase, en este sentido, ESTEBAN VELASCO, G., “Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea”, ya cit., pág. 83.

¹¹⁴¹ QUIJANO GONZÁLEZ, J. “El sistema monista”, ya cit., págs. 600-601.

Lo cierto es que en España, a través del mecanismo de la delegación de facultades en el sistema monista (a pesar del carácter orgánico de tal delegación), se viene dando una división de funciones en virtud de la cual los órganos delegados se ocupan de la gestión cotidiana y el Consejo de administración en pleno de la orientación estratégica general y del control. Otro mecanismo empleado, que viene a garantizar las funciones de control y defensa de los intereses de las minorías, es el consistente en la incorporación de los denominados consejeros independientes no ejecutivos, que además quedan fuera de la influencia de los ejecutivos y de los accionistas de referencia. Tal y como recoge GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “El Consejo de administración: concepto y estructura”, *Órganos de las sociedades de capital*, tomo II, GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 1259-1260: “...cabe afirmar que nuestro Derecho societario sigue instalado en el sistema monista, aunque a diferencia de otros del mismo tipo en el que el consejo es la única forma prevista para organizar la administración de la sociedad, tanto la Ley de Sociedades Anónimas con la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (actual Ley de Sociedades de Capital) admiten alternativas... En todo caso, es claro que se trata de un sistema monista pero muy flexible, que deja en manos de las previsiones estatutarias y de la autorregulación del consejo el

Este sistema que es novedoso en países que sólo han conocido hasta ahora el sistema dual, como puede ser el caso de Alemania o Austria¹¹⁴²; es, por el contrario, bien conocido en el Derecho español, por lo que la Ley 19/2005 dedica un único artículo a regular el sistema monista para las SE que decidan establecer su domicilio en España, limitándose dicho artículo a declarar de aplicación al órgano de administración monista lo establecido en el TRLSA (actual Ley de Sociedades de Capital) para los administradores de las sociedades anónimas, siempre que no esté en contradicción con lo dispuesto en el RESE y en la Ley que regule la implicación de los trabajadores en las SE¹¹⁴³.

Ahora bien, a mi juicio, aunque nuestro legislador, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el RESE, no está autorizado para introducir cambios o modificaciones en el sistema monista (recordemos que el RESE contiene una autorización de carácter genérico para regular el sistema que sea desconocido en la legislación nacional y que a mayor abundamiento, la SE deberá recibir el mismo trato que las sociedades anónimas nacionales) si podía, cuanto menos, haber adoptado algunas disposiciones en orden a clarificar la aplicación de nuestro tradicional sistema monista a las SE que decidan establecerse en nuestro territorio y opten por dicho sistema.

Llegados a este punto y dada la escasa regulación del RESE en esta materia, así como la genérica remisión efectuada por el legislador español, conviene hacer referencia al sistema de fuentes del artículo 9 del referido texto legal, recordando que en primer lugar se deberá aplicar lo dispuesto en el propio RESE¹¹⁴⁴.

En segundo lugar, y cuando el RESE así lo autorice, se aplicarán las disposiciones estatutarias de la SE¹¹⁴⁵. Debo aclarar que en este supuesto es el propio RESE el que permite o limita la disponibilidad estatutaria por remisión expresa (para aquello que se autorice y con el alcance con que se haga) y no la legislación societaria de los Estados miembros, extremo de importancia que debe ser tenido en cuenta en los casos de colisión o discordancia entre ambos instrumentos legislativos.

En tercer lugar y respecto a las materias no reguladas por el RESE o para las reguladas en parte (en los aspectos no cubiertos), con el fin de colmar las lagunas existentes, se aplicarán:

establecimiento de sus relaciones con los encargados de la gestión, respetando el mínimo legal sobre lo indelegable y sin exclusión de su responsabilidad...”.

¹¹⁴² Estos países (al igual que sucede en España, por lo que respecta al sistema dual) deberán adoptar las medidas necesarias para regular el sistema monista en virtud de la autorización genérica contenida en el artículo 43.4 del RESE que autoriza a los Estados miembros que no tengan regulado el sistema monista para sus sociedades anónimas nacionales, a adoptar las medidas que fueran necesarias en relación con las SE, a fin de garantizar que las SE que decidan establecerse en su territorio puedan optar por uno de los dos sistemas (monista o dual).

¹¹⁴³ El legislador español al adoptar las medidas necesarias para garantizar la efectividad de la aplicación de las normas contenidas en el RESE, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 68 del citado texto legal, se ha limitado a declarar de aplicación al órgano de administración de las SE que se establezcan en España y que opten por el sistema monista, las disposiciones contenidas en la Ley de Sociedades de Capital que fueran de aplicación a los administradores de nuestras sociedades anónimas (artículo 477 de la Ley de Sociedades de Capital; antiguo artículo 328 del TRLSA), claro está, siempre que no contradigan lo dispuesto en el RESE, ni en la Ley que regule la implicación de los trabajadores. Cabe apuntar que este último inciso del artículo citado contiene una declaración que resulta innecesaria dada su obviedad.

¹¹⁴⁴ Principalmente, hay que tener en cuenta el artículo 38 por lo que respecta al ejercicio de la opción entre ambos sistemas; los artículos 43 a 45 donde se recoge la materia específica del sistema monista; los artículos 46 a 51 que recogen normas diversas de aplicación a ambos sistemas, sin olvidar las referencias que a lo largo del articulado se efectúan a estos órganos, como pueden ser: el artículo 8 sobre el traslado de domicilio social, el 20 sobre preparación de la fusión, el 54 sobre convocatoria de la Junta general, etc.

¹¹⁴⁵ Estatutariamente se hará constar el sistema de administración elegido por la SE (artículo 38 del RESE); el número de miembros (artículo 43.2) si bien, los Estados miembros podrán fijar un número mínimo o un máximo, (por lo que la autonomía estatutaria quedará sometida a dichos parámetros); la frecuencia de las reuniones (artículo 44.1) siempre respetando la periodicidad mínima trimestral que establece este artículo.

- Las disposiciones legales que adopten los Estados miembros, en aplicación de medidas comunitarias, que se refieran específicamente a las SE¹¹⁴⁶. En este aspecto, como ya he dejado reflejado con anterioridad, el legislador español se ha remitido a lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital) para los administradores de las sociedades anónimas¹¹⁴⁷.

- Las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en que la SE tenga su domicilio social. Es importante reseñar aquí lo que se entiende por disposiciones legales, puesto que la regulación de las sociedades anónimas en Derecho español, en algunos aspectos, se desarrolla a través del Reglamento del Registro Mercantil u otras normas de segundo nivel¹¹⁴⁸. Esta referencia debe entenderse hecha en sentido amplio al Derecho societario nacional, aunque el mismo contenga algunas normas que no tengan naturaleza legal en sentido estricto, y en clara contraposición con la referencia efectuada a las disposiciones estatutarias, a las que hace mención en el punto siguiente.

- Las disposiciones estatutarias, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social¹¹⁴⁹.

Finalmente, debo indicar que, de acuerdo con lo previsto en el RESE, la SE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social¹¹⁵⁰.

II. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

El sistema monista atribuye al órgano de administración la gestión de la SE como función primordial.

El RESE establece que al órgano de administración le compete la gestión de la SE¹¹⁵¹. Ahora bien, no hace previsión alguna en cuanto a la representación de la SE, por lo

¹¹⁴⁶ En materia de órganos, la habilitación genérica que otorga el RESE se contiene en el artículo 39.5 para el sistema dual y en el artículo 43.4 para el sistema monista. Debe además tenerse en cuenta que las disposiciones adoptadas deben ser conformes con las directivas aplicables a las sociedades anónimas.

¹¹⁴⁷ En efecto, el artículo 477 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 328 del TRLSA) es el único artículo dedicado al sistema monista y se limita a declarar de aplicación, para la regulación del órgano de administración, las disposiciones relativas a los administradores de las sociedades anónimas nacionales. Pienso que tan escueta regulación debe encontrar su motivación en el hecho de que en España el sistema monista es el único admitido y regulado para nuestras sociedades de capital y por tanto el legislador habrá considerado que está suficientemente reglado.

¹¹⁴⁸ En este sentido citaré el Decreto de 17 de mayo de 1991, que desarrolla el sistema de representación proporcional del artículo 243 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas).

¹¹⁴⁹ Esta fuente posibilita la autorregulación del órgano de administración (ya contemplada por la legislación española), facilita la adopción de reglamentos de régimen interno y constituye la vía adecuada para la incorporación de las recomendaciones de gobierno societario y de los Códigos de buen gobierno, permitiendo, además, organizar un adecuado reparto de funciones dentro del órgano, estableciendo niveles diferenciados de funciones (Consejo en pleno, Comité de gerencia, consejeros delegados).

¹¹⁵⁰ Según lo dispuesto en el artículo 10 del RESE se establece, para las SE, condiciones de igualdad con el trato dispensado a las sociedades nacionales. A mayor abundamiento, el Considerando quinto del RESE dice que “los Estados miembros tienen la obligación de garantizar que ninguna de las disposiciones aplicables a las SE en virtud del presente Reglamento entrañe discriminaciones derivadas de un tratamiento injustificadamente distinto de una SE con respecto a las sociedades anónimas...”

¹¹⁵¹ En efecto, el artículo 43.1 del RESE dice que “el órgano de administración asumirá la gestión de la SE”, pero además, contiene una autorización facultativa que permite a los Estados miembros imponer un sistema de delegación de facultades mediante el nombramiento de uno o más consejeros delegados, eso sí, en las mismas condiciones que estuvieran establecidas para las sociedades anónimas nacionales. Así pues, dicho

que habrá que estar, en este aspecto, a lo previsto al respecto en la legislación nacional del domicilio de la SE¹¹⁵². En este sentido, y de acuerdo con lo preceptuado por el ordenamiento jurídico societario español, el órgano de administración se define como la persona o personas físicas que asumen las funciones de gobierno, gestión y representación de la sociedad. La Ley de Sociedades de Capital se refiere a este órgano con la expresión de “administradores”¹¹⁵³.

Más adelante, al ocuparme de las competencias de este órgano, estudiare con mayor detalle el contenido de la gestión que, como función primordial, le es encomendada por el RESE.

1. COMPOSICIÓN Y ORGANIZACIÓN

El RESE no regula las diferentes formas en que se puede organizar el órgano de administración. De la lectura del articulado relativo al sistema monista¹¹⁵⁴ parece deducirse que se contempla un órgano plural¹¹⁵⁵, la única referencia que induce a pensar en la posibilidad de un órgano unipersonal se encuentra en el artículo 43.3 del RESE, donde se hace mención “al miembro” o miembros del órgano. Ocurre, pues, que el RESE entiende que la forma colegiada es el supuesto más habitual de organización, pero sin que ello suponga cerrar el paso a otras fórmulas¹¹⁵⁶.

elemento configurador prima en la autorización que, con carácter facultativo, se otorga por el RESE a los Estados miembros.

¹¹⁵² Véase, en este sentido, AGUILÓ PIÑA, J. F., “La Sociedad Anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos”, ya cit., pág. 1874, y ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, ya cit., pág. 153. Nuestra reciente Ley de Sociedades de Capital establece en el artículo 209 que “es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta Ley”.

¹¹⁵³ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 401. Según señala POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 39, “los administradores constituyen el órgano de gestión y representación de la sociedad, cuyo nombramiento corresponde a la Junta general como supremo de formación y decisión de la voluntad social”.

¹¹⁵⁴ El RESE dedica a la regulación del sistema monista los artículos 43 a 45. La regulación de este sistema se hace de forma exigua, lo cierto es que estos artículos contienen algunas disposiciones de carácter imperativo y, por tanto, de aplicación directa a todas las SE, así como una autorización expresa a efectos de que los estatutos fijen el número de miembros del órgano de administración o, en su caso, las normas para su determinación; la referencia relativa al nombramiento de los miembros del primer órgano de administración; la posibilidad de fijar la periodicidad de las reuniones, dentro de los parámetros establecidos por el propio RESE. Y todo ello, sin perjuicio de las diversas autorizaciones que, con carácter facultativo, se otorgan a los Estados miembros para la regulación de determinados aspectos y la autorización genérica de regulación otorgada a los Estados miembros que desconocen en sus ordenamientos jurídicos este sistema de administración.

¹¹⁵⁵ Efectivamente, el artículo 43.1 recoge la posibilidad de que el órgano delegue la administración corriente en uno o más miembros (en las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas nacionales); el artículo 44 contiene disposiciones relativas a la periodicidad de las reuniones del órgano de administración (obviamente en el caso de órgano unipersonal no cabe la posibilidad de fijar reunión alguna); el artículo 45 regula la elección de un Presidente de entre los miembros del órgano de administración. No obstante, el artículo 43.3 hace referencia a “el miembro o los miembros” del órgano de administración, tal y como señala QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico)”, ya cit., pág. 168, “...hay que notar que el órgano de administración puede tener composición unipersonal o plural (otra vez la expresión «miembro o miembros» en el artículo 43.3), lo que incidirá profundamente en el marco descrito, pues la existencia de un único administrador no permite ni delegación ni diferenciación funcional entre gestión y control”, cabe añadir que, en este caso, tampoco tendrá sentido fijar una periodicidad para las reuniones del órgano en pleno ni la designación de Presidente del órgano.

¹¹⁵⁶ QUIJANO GONZÁLEZ, J. “El sistema monista”, ya cit., pág. 607. Esta misma apreciación se puede encontrar en ESTEBAN VELASCO, G., “Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea”, ya cit., pág. 83 y ss.; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. y ALONSO-CUEVILLAS

Así pues, y a falta de regulación específica del RESE se debe acudir, según el sistema de fuentes¹¹⁵⁷, a lo establecido por los Estados miembros y, en su defecto, a la autonomía estatutaria. En consecuencia, y de acuerdo con lo estipulado en la legislación societaria española¹¹⁵⁸, las SE domiciliadas en España podrán elegir entre las variedades usuales: administrador único, varios administradores solidarios, dos administradores conjuntos, o Consejo de administración, mediante la correspondiente disposición estatutaria¹¹⁵⁹.

La reciente modificación de la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, permite que en los estatutos se contemplen uno o más modos de organizar la administración de las sociedades anónimas; de esta manera se podrá optar por la elección de una u otra forma de las consignadas estatutariamente sin necesidad de modificar los estatutos sociales, si bien la opción ejercitada deberá hacerse constar en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil¹¹⁶⁰.

Considero, al igual que recogí en su momento al ocuparme de la estructura del órgano de dirección del sistema dual, que la posibilidad de contemplar en los estatutos diversos modos de organizar la administración deberá de hacerse extensible a las SE que

FORTUNY, V., “La administración de la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., pág. 219, donde señalan: “aunque son admisibles las cuatro formas de administración, existe una forma de «frecuencia» en la que detiene sus ojos el legislador comunitario: el Consejo de administración en el que existe delegación de facultades. De hecho, todos los artículos del RESE están redactados pensando en esta forma de administración de frecuencia...”.

¹¹⁵⁷ Sistema recogido en el artículo 9 del RESE donde se establece que respecto a las materias no reguladas o a las reguladas sólo en parte y respecto a los aspectos no cubiertos habrá que acudir, en primer lugar a las disposiciones que adopten los legisladores expresamente para las SE, en segundo lugar a las disposiciones que sean de aplicación a las sociedades anónimas nacionales y en último lugar a las disposiciones estatutarias en las mismas condiciones que rijan para las sociedades anónimas nacionales.

¹¹⁵⁸ Concretamente en el artículo 477 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 328 del TRLSA.). Lo cierto es que nuestro legislador al regular el sistema monista, para las SE que decidan establecerse en España, se ha limitado a declarar de aplicación al órgano de administración, lo previsto en nuestra Ley de Sociedades de Capital para los administradores de nuestras sociedades anónimas, siempre, claro está, que no contradiga lo dispuesto en el RESE o en la Ley que regula la implicación de los trabajadores.

¹¹⁵⁹ A tenor de lo dispuesto en los artículos 210, 23.e) de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 9 h) de la Ley de Sociedades Anónimas) y 124 del Reglamento del Registro Mercantil. Tanto en el artículo 23.e) de la Ley de Sociedades de Capital, como en el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil se establece la obligación de hacer constar en los estatutos sociales la estructura del órgano al que se confía la administración o, el modo o modos en que se va a organizar la administración. Además, tanto el artículo 210 de la Ley de Sociedades de Capital, como el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil se ocupan de regular que estructura o modos puede revestir el órgano de administración. Ahora bien, no debemos olvidar, a este respecto, que el artículo 210.2 *in fine* de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 136 de la Ley de Sociedades Anónimas) obliga a la constitución del Consejo de administración, cuando la administración se confíe conjuntamente a más de dos personas y a su vez, el RESE establece que el órgano de administración deberá de constar de un mínimo de tres miembros “cuando la participación de los trabajadores en la SE esté organizada de conformidad con la Directiva 2001/86/CE”, por tanto, en este supuesto lo normal es que el órgano de administración adopte la forma de Consejo de administración, pues no parece factible que se opte por la solución de nombrar tres administradores con carácter solidario, cuando uno de ellos ostenta la representación de los trabajadores. También habrá que tener en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en nuestra legislación societaria, la elección de la forma en la que se va a estructurar el órgano al que se confía la administración de la sociedad, es una mención que obligatoriamente deberá de constar en los estatutos sociales. Ahora bien, la reciente modificación del artículo 23 e) de la Ley de Sociedades de Capital, modificación que ha tenido lugar en virtud de lo dispuesto en el apartado dos del artículo primero de la Ley 25/2011 de 1 de agosto, permite que los estatutos contemplen dos o más modos de organización, pudiendo optar por cada uno de ellos sin llevar a cabo una modificación estatutaria. En relación con las formas de organizar el órgano de administración dentro del sistema monista, véase FERRANDO VILLALVA, M. L., “El sistema monista de administración de la Sociedad Europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 356.

¹¹⁶⁰ Recordemos que el artículo 210.4 de la Ley de Sociedades de Capital establece que “todo acuerdo que altere el modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos sociales, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil”.

decidan fijar su domicilio en España, tanto por la remisión efectuada por nuestro legislador a lo establecido para los administradores de nuestras sociedades anónimas en lo referente al órgano de administración de los sistemas monistas, como por el principio de igualdad de trato entre la SE y las sociedades anónimas nacionales contemplado en el RESE.

En cuanto a la composición cuantitativa del órgano de administración, el RESE permite un amplio ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya que encomienda a los estatutos la fijación del número de miembros o las normas para su determinación. Pueden, por tanto, los estatutos de una SE fijar un número determinado o establecer los criterios o reglas para concretar el número¹¹⁶¹. Las reglas para la concreción del número pueden ser múltiples: elección entre un máximo y un mínimo, entre varios números alternativos, progresivamente en proporción a tramos de capital, etc. La fórmula recogida en el RESE¹¹⁶² abre posibilidades diversas, lo único que no permite es que los estatutos guarden silencio al respecto. Los límites a esta libertad estatutaria los encontramos en el último inciso del apartado 2, párrafo primero del artículo 43 que habilita a los Estados miembros para fijar un número mínimo y en su caso, un número máximo, por lo que, en el supuesto de que se haga uso de esta habilitación específica la autonomía de la voluntad se verá reducida a manifestarse teniendo en cuenta los parámetros legislativamente fijados¹¹⁶³.

Esta facultad concedida a los Estados miembros, en cuanto a la fijación del número mínimo y, en su caso, del número máximo de los miembros del órgano de administración, no especifica si es aplicable con carácter general, con independencia de la forma en que se organice la administración, o si sólo sería aplicable en el supuesto de que se optara por un órgano colegiado o Consejo de administración. En el primer supuesto las SE podrían ver eliminada la posibilidad de organizar su órgano de administración en la forma de administrador único, de dos administradores conjuntos, o de varios administradores solidarios que no alcancen el mínimo o que superen el máximo fijado por los Estados miembros, mientras que en el segundo supuesto podrían optar por cualquiera de las formas de organización, ya que los límites numéricos se aplicarían solamente cuando se opte por un órgano colegiado o Consejo de Administración¹¹⁶⁴.

¹¹⁶¹ Nuestra Ley de Sociedades de Capital en el artículo 211 (antiguo artículo 123.1 de la Ley de Sociedades Anónimas) preceptúa, que cuando los estatutos establezcan solamente el número máximo y mínimo, corresponde a la Junta general determinar el número concreto. Tal y como señala SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores (artículos 123 a 143)”, ya cit., págs. 35-36, “fijado el máximo y el mínimo de administradores corresponde la determinación de su número a la Junta general, sin que esta facultad pueda ser delegada en el propio Consejo de administración, ni en ningún otro órgano. La determinación por la Junta general puede hacerse bien de una manera directa indicando el número de administradores (v. gr., los estatutos indican que los administradores serán al menos tres y no más de seis y la Junta general acuerda que sean cinco), o bien de una forma indirecta como puede ser mediante el nombramiento de un número determinado de personas como administradores dentro de los límites fijados por los estatutos. Aun cuando este segundo sistema es el más utilizado en la práctica, ya que frecuentemente la Junta general aprueba el nombramiento de los administradores que son propuestos por el propio Consejo, tiene el inconveniente que la Junta sólo fija con posterioridad al nombramiento de los administradores el número de vocales que forman parte del Consejo de administración y ese número es un dato relevante para que opere el sistema de representación proporcional previsto en el artículo 137 (actual artículo 243 de la Ley de Sociedades de Capital)”.

¹¹⁶² Concretamente en el artículo 43.2 se contiene una autorización expresa para que, mediante la correspondiente disposición estatutaria, se fije el número de miembros del órgano de administración o las normas para su determinación, pero a su vez, otorga una autorización facultativa que permite a los Estados miembros fijar un número mínimo y, en su caso, un número máximo de miembros. En los supuestos en que los Estados miembros hagan uso de la autorización conferida por el RESE, la autonomía estatutaria se verá limitada por lo legislativamente dispuesto al efecto.

¹¹⁶³ Se permite a los Estados miembros fijar un número mínimo y, en su caso, un número máximo, pero no un número concreto, lo que contrasta con la regulación que el RESE observa respecto al órgano de control del sistema dualista, puesto que el artículo 40.3 menciona todas las posibilidades (fijar un número determinado, un número mínimo, un número máximo o ambos).

¹¹⁶⁴ QUIJANO GONZÁLEZ, J. “El sistema monista”, ya cit., pág. 608.

En mi opinión, creo más acertado entender que esta facultad, que el RESE concede a los Estados miembros, tiene sentido cuando la administración se organiza de forma colegiada, puesto que el propio RESE hace referencia a la posibilidad de que la administración se confíe a un único administrador al decir que: “el miembro” o miembros del órgano de administración serán nombrados por la Junta general¹¹⁶⁵.

Cabe también señalar que el RESE otorga a los Estados miembros la facultad de fijar el número mínimo y, en su caso, el número máximo de los miembros del órgano de administración del sistema monista, pero no hace referencia alguna en cuanto a quién corresponde la determinación de su número concreto. El legislador español no ha hecho uso de la posibilidad de establecer o delimitar el número de miembros, simplemente se ha limitado a remitirse a lo establecido en la Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital) para los administradores, si bien, debemos de tener en cuenta que nuestra Ley de Sociedades de Capital dice que cuando la administración se confíe, con carácter mancomunado, a más de dos administradores, constituirán un Consejo de administración, por tanto en virtud de dicha Ley, se está fijando un número mínimo de miembros del Consejo de administración en los sistemas monistas.

Así pues, en nuestro ordenamiento, tras la aprobación de la Ley 19/2005, será de aplicación la normativa de la Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital)¹¹⁶⁶ en virtud de la cual se atribuye a la Junta general la competencia para determinación del número de administradores, si los estatutos sólo establecen un máximo y un mínimo¹¹⁶⁷.

Otro supuesto de limitación de la libertad estatutaria procede directamente del propio RESE como consecuencia de la aplicación de la Directiva sobre implicación de los trabajadores, puesto que, el RESE establece, a efectos de hacer factible la participación de los trabajadores, que el órgano de administración deberá constar de un mínimo de tres miembros cuando la participación de los trabajadores en la SE esté organizada de conformidad con la Directiva 2001/86/CE¹¹⁶⁸. La regla está pensada para los casos en que el acuerdo de implicación adoptado, entre las sociedades participantes en la SE y los representantes de los trabajadores, consista en establecer normas de participación en los órganos de la sociedad, ya que dicha participación que en el sistema dual se inserta en el

¹¹⁶⁵ Efectivamente, el artículo 43.3 del RESE al referirse al nombramiento de los miembros del órgano de administración, y dejando a salvo la posibilidad de que los miembros del primer órgano sean nombrados en los estatutos, preceptúa que “el miembro” o los miembros del órgano de administración serán nombrados por la Junta general.

¹¹⁶⁶ En efecto, el artículo 328 del TRLSA (actual artículo 477 de la Ley de Sociedades de Capital) establece que, dejando a salvo lo previsto en el RESE y en la Ley que regule la implicación de los trabajadores en la SE, será de aplicación al órgano de administración del sistema monista lo establecido en la Ley de Sociedades de Capital para los administradores de las sociedades anónimas.

¹¹⁶⁷ Según lo dispuesto en el artículo 211 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 123 de la Ley de Sociedades Anónimas). Tal y como recoge SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 472: “la determinación del número de puestos en el Consejo de administración puede aparecer en los estatutos, pero lo más frecuente será que en ellos sólo figure en máximo y el mínimo correspondiendo en tal caso su fijación a la Junta general, que podrá hacerlo de forma expresa (v. gr., determinado el número) o bien tácita (v. gr., mediante el nombramiento de determinado número de consejeros)”.

¹¹⁶⁸ A tenor de lo previsto en el artículo 43.2, último párrafo del RESE. Con esta disposición se trata de garantizar la efectiva participación de los trabajadores en el órgano de administración en los supuestos en que la misma venga determinada en virtud de las leyes que regulan la implicación de los trabajadores en la SE, puesto que, en caso contrario, sería muy fácil burlar dichas leyes, bastaría con organizar la administración de la sociedad p.ej., mediante el nombramiento de un administrador único.

órgano de control, en el sistema monista deberá de insertarse en el órgano de administración¹¹⁶⁹.

Resulta interesante la puntualización que hacen algunos autores en cuanto a que, del tenor literal del último párrafo del artículo 43.2, no se deduce expresamente que ese mínimo de tres miembros, conectado a la participación de los trabajadores, sea privativo de la opción por el Consejo de administración. Aunque consideran que esto será lo normal, no excluyen otras hipótesis como, p. ej., la existencia de tres administradores solidarios, respetando así el mínimo y haciendo recaer la representación de los trabajadores en alguno de ellos. No obstante, se cuestionan una solución de este tipo, ya que, aunque no esté excluida, no es previsible que se adopten modelos de participación en los órganos societarios (concretamente en el órgano de administración del sistema monista) si no hay Consejo de administración. Nombrar, p. ej., un administrador solidario representante de los trabajadores, vendría a poner en cuestión, en última instancia, algunas reglas imperativas que buscan asignar la “última palabra” en las decisiones a la representación de los accionistas, sin duda por influencia del debate alemán en torno a la cogestión paritaria¹¹⁷⁰.

En mi opinión nombrar tres administradores solidarios, siendo uno de los nombrados representante de los trabajadores, supone que el así nombrado podrá tomar las decisiones y realizar los actos que considere pertinentes en nombre de la SE (sin perjuicio de las responsabilidades en que pueda incurrir en el ejercicio de sus funciones), puesto que el carácter de solidaridad implica que cualquiera de ellos pueda actuar con independencia de los demás y por lo tanto, más que participar en la gestión de la sociedad lo que realmente estará haciendo el administrador nombrado en representación de los trabajadores es gestionar la sociedad, lo que sin duda excede el ámbito de la cogestión.

Por lo que respecta a la composición cualitativa¹¹⁷¹ de los miembros de este órgano, el propio RESE reconoce la legitimación de determinados grupos para acceder al órgano de administración: trabajadores¹¹⁷² y determinadas minorías de accionistas¹¹⁷³. También en

¹¹⁶⁹ La directiva mantiene la asimilación sistemática entre órgano de administración y órgano de control a estos efectos de participación de los trabajadores en los órganos societarios. Véase, a este respecto, ESTEBAN VELASCO, G., “Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea”, ya cit., pág. 77 y ss.

¹¹⁷⁰ QUIJANO GONZÁLEZ, J. “El sistema monista”, ya cit., pág. 610. De hecho el propio RESE establece que en los supuestos en que la mitad de los miembros del órgano de administración hayan sido designados por los trabajadores, la elección del Presidente deberá de recaer en un miembro que haya sido designado por la Junta general de accionistas (artículo 45); asimismo, a falta de disposición estatutaria, se otorga al Presidente el voto de calidad en caso de empate, pero cuando la mitad de los componentes del órgano hayan sido designados por los trabajadores no se admite disposición estatutaria en contra (artículo 50.2). Con estas disposiciones se pretende, en definitiva, que “la última palabra” la tenga el capital.

¹¹⁷¹ Nuestra Ley de Sociedades de Capital parte de un *status* jurídico unitario para todos los miembros del Consejo de administración, todos ellos están sujetos al cumplimiento de los mismos deberes y al mismo régimen de responsabilidad. Si bien, se producen algunas diferencias, tanto como consecuencia de los cargos asignados (cargo de Presidente, Vicepresidente, Secretario), como por la delegación de las facultades de administración y representación de la sociedad. Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 487-488. Pero tanto, nuestra Ley de Sociedades de Capital, como el RESE contienen ciertas prohibiciones, e igualmente, permiten que se establezcan determinadas condiciones o se exijan determinados requisitos para el nombramiento de los administradores (véanse los artículos 212, 212 bis y 213 de nuestra Ley de Sociedades de Capital y el artículo 47 del RESE).

¹¹⁷² En efecto, el artículo 43.3 del RESE hace referencia a los derechos de participación que pudieran corresponder a los trabajadores en los órganos de administración de la SE. La facultad que, con carácter general, otorga este artículo a la Junta general para el nombramiento de los miembros del órgano de administración del sistema monista, se entiende sin perjuicio de los derechos que puedan corresponder a los trabajadores en función de las modalidades de participación recogidas en la Directiva 2001/86/CE.

¹¹⁷³ Derechos a los que hace referencia el artículo 43.3 del RESE en relación con el artículo 47.4 del citado texto legal (sin perjuicio de que, con carácter general, el nombramiento de los miembros del órgano de administración del sistema monista viene atribuido por el RESE a la Junta general, se dejan a salvo los derechos que puedan corresponder a determinados grupos de accionistas, o a otras personas o autoridades para

cuanto a la composición cualitativa, sobre todo por lo que se refiere a las sociedades cotizadas, deberá de tenerse en cuenta si se han adoptado recomendaciones de buen gobierno en los estatutos o reglamentos internos, que impliquen la presencia en el órgano de administración de consejeros independientes¹¹⁷⁴. Sin olvidar que, por el carácter de órgano unitario que tiene en el sistema monista el órgano de administración, en el mismo se integrarán los consejeros ejecutivos (consejeros delegados) que en el sistema dual se alojaban en el órgano de dirección.

Por último indicaré que en el sistema monista prima, tanto en la práctica societaria, como en el tratamiento legislativo, la modalidad de organizar la administración de la sociedad a través de un órgano unitario de carácter plural y con forma de actuación conjunta¹¹⁷⁵. En el caso español la fórmula más extendida, sobre todo en sociedades

el nombramiento de una parte de los miembros de dicho órgano de administración). Me remito a lo dicho sobre esta materia en el apartado relativo a la composición cualitativa de los miembros del órgano de control (Capítulo cuarto, sección primera, apartado IV, punto 1 de esta Tesis doctoral).

¹¹⁷⁴ Así, el Código Olivencia considera que debe de exigirse unos requisitos especiales para determinados consejeros, y que debe de fijarse un determinado porcentaje entre los distintos grupos de consejeros. La Recomendación número 2 propone “que se integre en el Consejo de administración un número razonable de consejeros independientes, cuyo perfil responda a personas de prestigio profesional desvinculada del equipo ejecutivo y de los accionistas significativos”. La Recomendación número 3 considera conveniente “que en la composición del Consejo de administración los consejeros externos (dominicales e independientes) constituyan amplia mayoría sobre los ejecutivos y que la proporción entre dominicales e independientes se establezca teniendo en cuenta la relación existente entre el capital integrado por paquetes significativos y el resto”. La Recomendación número 7 propone “que la composición de la Comisión ejecutiva, cuando ésta exista, refleje el mismo equilibrio que mantenga el Consejo entre las distintas clases de consejeros, y que las relaciones entre ambos órganos se inspiren en el principio de transparencia, de forma que el Consejo tenga conocimiento completo de los asuntos tratados y de las decisiones adoptadas por la Comisión”. Por su parte, el Informe Aldama al referirse al Consejo de administración dice que “debe tenerse en cuenta la posibilidad de crear y regular comisiones especializadas y diferenciar distintos tipos de consejeros que, sin perjuicio de la igualdad de obligaciones y derechos de todos los consejeros, aseguren la tutela de los intereses de los accionistas no representados en el Consejo”, asimismo recomienda “que el Consejo de administración, a través de los consejeros, represente el mayor porcentaje de capital posible” y además apunta que “se ha reflexionado también sobre la dificultad de establecer una regla de carácter general para definir el número y proporción que deben alcanzar los consejeros externos independientes: un criterio aplicable, actualizando el Informe Olivencia, sería que existiera una mayoría amplia de consejeros externos en el Consejo y, dentro de éstos, una participación muy significativa de consejeros independientes, teniendo en cuenta la estructura accionarial de la sociedad y el capital representado en el Consejo”. El Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo en la Recomendación número 12 aconseja que “dentro de los consejeros externos, la relación entre el número de consejeros dominicales y el de independientes refleje la proporción existente entre el capital de la sociedad representado por los consejeros dominicales y el resto del capital. Este criterio de proporcionalidad estricta podrá atenuarse, de forma que el peso de los dominicales sea mayor que el que correspondería al porcentaje total de capital que representen: 1º. En sociedades de elevada capitalización en las que sean escasas o nulas las participaciones accionariales que tengan legalmente la consideración de significativas, pero existan accionistas, con paquetes accionariales de elevado valor absoluto. 2º. Cuando se trate de sociedades en las que exista una pluralidad de accionistas representados en el Consejo y no tengan vínculos entre sí”. En relación con los consejeros independientes RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *Los consejeros independientes de las sociedades de capital españolas*, ya cit., pág. 45, señala que “los consejeros independientes son una figura conceptual que se enmarca en la búsqueda de instrumentos tendentes a fortalecer la confianza de los inversores en que los fondos que ellos invierten en las sociedades de capital estén debidamente salvaguardados”, más adelante en las págs. 47-48, añade que “la aparición de los consejeros independientes en el seno del nuevo buen gobierno corporativo implica, a primera vista, una reconfiguración estructural y funcional del Consejo de administración. En España el Consejo de administración, con la introducción de los independientes, pasa de ser el clásico órgano de administración monista de las sociedades anónimas españolas previsto en su ley reguladora a configurarse como un órgano todavía de estructura unitaria pero en cuyo seno se produce una división cualitativa y funcional. Puntualizo que se trata sólo de una división que para la buena marcha de la empresa no debe provocar una fractura en el Consejo, ya que es imprescindible que el mismo siga siendo homogéneo, a la vez que diverso en cuanto a las experiencias y conocimientos de sus miembros que, sin duda, enriquecen al órgano”.

¹¹⁷⁵ La organización de la administración de la sociedad mediante un Consejo de administrador presenta ventajas frente a la forma de administrador único, en tanto en cuanto, al existir pluralidad de personas

anónimas de volumen e importancia considerable, es la del Consejo de administración, al que la Ley de Sociedades de Capital dedica expresamente el Capítulo VI del Título VI (artículos 242 a 251), la antigua Ley de Sociedades Anónimas le dedicaba la sección 4ª del capítulo V (artículos 136 a 143).

2. LA DELEGACIÓN DE FACULTADES

Como ya he indicado en párrafos precedentes la forma más habitual de organizar la administración en los sistemas monistas es a través de un órgano colegiado, concretamente en Derecho español a través del Consejo de administración lo que, sin duda, ha motivado que el RESE refiera a este sistema organizativo la mayoría de las normas que dedica al sistema monista.

El RESE establece que “el órgano de administración asumirá la gestión de la SE”, pero a renglón seguido añade que “todo Estado miembro podrá estipular que el responsable de la administración corriente sea uno o más consejeros delegados en las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas con domicilio en su territorio”¹¹⁷⁶.

Por lo tanto, se hace necesario determinar si prevalecen los exactos términos del RESE (que sólo alude a uno o más consejeros delegados) o bien lo relevante es el requisito de la unidad de régimen con las sociedades anónimas nacionales. A tenor de lo dispuesto en el artículo 249.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141 del TRLSA) se admite la delegación sólo en el Consejo de administración y respecto de “una Comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados”. Lo relevante debe ser el principio de igualdad

se cuenta con un mayor acervo de opiniones y experiencias; frente a la forma de estructurar la administración mediante dos administradores conjuntos, además de las ventajas indicadas anteriormente, hay que considerar que el hecho de que las decisiones deban ser tomadas unánimemente puede dar lugar a la paralización de la administración en el supuesto de que no logren llegar a un acuerdo; frente a la administración organizada mediante varios administradores que actúen con carácter solidario, cabe oponer que se produce una dispersión tanto, de la unidad de gestión, como en la responsabilidad por actos lesivos, puesto que la solidaridad en el régimen de la responsabilidad que prevé nuestra Ley de Sociedades de Capital está pensando en el órgano de administración colegiado (Consejo de administración). Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 476-478.

¹¹⁷⁶ Lo cierto es que el artículo 43.1 del RESE contiene una autorización facultativa en la que prima, como elemento regulador, “que la delegación de facultades deberá de hacerse en las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas nacionales”.

Cuando la administración se organiza en base a un Consejo de administración la actuación del mismo puede resultar poco operativa, dado que este órgano ha de actuar con carácter colegiado mediante un acuerdo único, lo que en muchas ocasiones, sobre todo cuando su composición es numerosa, resulta difícil de conseguir y por lo tanto la gestión corriente de la sociedad es poco flexible y a menudo se ve ralentizada, por lo tanto y con el fin de hacer más operativas las funciones del Consejo se ha reconocido, primero por la práctica estatutaria, y posteriormente por las distintas legislaciones, “la conveniencia de que el Consejo confiara a uno o varios de sus miembros gran parte de las funciones de la administración de la sociedad, sin que tales consejeros delegados dejaran de participar en el Consejo y sin que éste se desprendiera de tales funciones, aun cuando de hecho no las ejerciera”. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 546. En este mismo sentido GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “El Consejo de administración: concepto y estructura”, ya cit., pág. 1264, donde recoge: “la naturaleza colegiada del Consejo de administración obliga a que la misma sea adaptable a las circunstancias, muy variables, concurrentes en cada sociedad: su tamaño, su condición de sociedad abierta o cerrada, el tipo de actividad que realiza, etc. Precisamente por ello, el modelo que diseña el legislador se caracteriza por su flexibilidad, por cuanto se atribuye al Consejo, en el artículo 141.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 249.1 de la Ley de Sociedades de Capital) la capacidad de regular su propio funcionamiento... lo que no ocurre con las demás formas de organizar la administración de la sociedad... el legislador ha recogido la necesidad de acomodar la organización colegiada a las circunstancias concurrentes, completando el mismo órgano la regulación estatutaria, por ejemplo mediante la creación de nuevos órganos colegiados...”.

de trato, al que apela el RESE en este punto y, elevado a la categoría de principio general, en el Considerando 5º y en el artículo 10¹¹⁷⁷.

El legislador español no ha regulado esta materia, para las SE que se establezcan en nuestro territorio, de forma expresa¹¹⁷⁸; por tanto será de aplicación lo previsto a estos efectos en nuestra Ley de Sociedades de Capital. En consecuencia, sólo podrán designar consejeros delegados las SE domiciliadas en España que estén administradas por un Consejo de administración, no las que opten por otro esquema¹¹⁷⁹ dentro de las posibilidades que nuestra legislación confiere¹¹⁸⁰.

Este tema de la delegación ha revestido una singular importancia en el proceso evolutivo de la SE como medio utilizado en el acercamiento de ambos sistemas de administración, mediante la técnica de la delegación obligatoria¹¹⁸¹ en unos casos y,

¹¹⁷⁷ MORILLAS JARILLO, M.J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, ya cit., pág. 70.

El Considerando quinto del RESE dice que “los Estados miembros tienen la obligación de garantizar que ninguna de las disposiciones aplicables a las SE en virtud del presente Reglamento entrañe discriminaciones derivadas de un tratamiento injustificadamente distinto de una SE con respecto a las sociedades anónimas...” y el artículo 10 de dicho texto legal establece la igualdad de trato entre la SE y las sociedades anónimas nacionales

¹¹⁷⁸ Recordemos que el artículo 477 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 328 del TRLSA) determina que será de aplicación, para las SE que opten por el sistema monista, lo establecido en dicha Ley para los administradores de las sociedades anónimas, en cuanto no contradiga lo previsto en el RESE y en la Ley sobre implicación de los trabajadores. En todo caso, de haber regulado esta materia lo tendría que haber hecho en las mismas condiciones que están establecidas para las sociedades anónimas españolas.

¹¹⁷⁹ En efecto, el artículo 23 e) de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 9 h) del TRLSA) establece que en los estatutos se hará constar el modo o modos de organizar la administración de la sociedad (el apartado e) del artículo 23 ha sido modificado por la Ley 25/2011 de 1 de agosto) y el artículo 210 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil determina los modos en que se puede organizar la administración de la sociedad, encontrándose entre ellos el Consejo de administración. Cuando la administración se confíe conjuntamente a más de dos administradores estos deberán constituirse en Consejo de administración por disposición legal; pues bien, sólo en el supuesto de que el órgano de administración de las SE que se establezcan en España adopte la forma colegiada será posible la delegación.

¹¹⁸⁰ Nuestra Ley de Sociedades de Capital establece en el artículo 249.1 (antiguo artículo 141.1 del TRLSA) una facultad de delegación a favor de los estatutos sociales o, cuando estos no dispongan otra cosa, del Consejo de administración y sólo para el supuesto de que la administración de la sociedad se organice en forma colegiada. “La potestad de delegación reposa en primer término en los estatutos sociales, y sólo en el caso de que éstos no se opongan o se limiten a autorizarla, en el propio Consejo de administración... Aunque con ciertas reservas –el disponer otra cosa los estatutos podría referirse sólo a prohibir la delegación, pero no a organizarla–, el artículo 141 de la Ley permite, en opinión de la doctrina dominante, la imposición estatutaria de la delegación...”. POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 468-469. En este mismo sentido ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, J. A., “La delegación de facultades por el Consejo de administración en la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 1822-1826; MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 1752-1753.

En relación con las SE que decidan establecerse en España MORILLAS JARILLO, M. J. y GRECHENIG, K. “La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español”, ya cit., pág. 17, opinan que cabía también la posibilidad de que el legislador español hubiera dispuesto que este tipo de delegación no fuera posible para las SE domiciliadas en España, puesto que lo que consideran que está vedado, por el RESE a los Estados miembros, es regular de forma diversa a los consejeros delegados de las SE y a los de las sociedades anónimas nacionales.

¹¹⁸¹ En el Proyecto de estatuto de SE de 1989, el artículo 66.2 recogía la delegación obligatoria por la cual el órgano de administración debía delegar en uno o varios de sus miembros la dirección de la sociedad, siendo el número de miembros delegados inferior al de los restantes miembros del órgano. De esta forma los delegados se encargaban de la gestión y representación de la sociedad y los miembros restantes del órgano, de controlar y vigilar a los directivos (miembros delegados).

delegación voluntaria¹¹⁸² en otros, en un intento de configurar un dualismo atenuado o un monismo renovado¹¹⁸³.

En el texto definitivamente aprobado la delegación de facultades tiene carácter voluntario; no obstante, al contrario de lo que sucedía en los Proyectos de 1989 y 1991, donde la delegación obligatoria o voluntaria, en su caso, competía al órgano de administración, el RESE confiere esta facultad a los Estados miembros, aunque añade a continuación, que en las mismas condiciones establecidas para las sociedades nacionales. Conviene precisar, al igual que hice en el supuesto de delegación de facultades del órgano de dirección en el sistema dual, el alcance y sentido de la autorización que el RESE confiere a los Estados miembros.

La autorización del RESE es una autorización condicionada, de tal forma que si la legislación nacional configura una delegación necesaria, porque lo hace ya así en el régimen del sistema monista preexistente, o lo introduce de nuevo para las sociedades anónimas nacionales, o lo prevé para las SE donde se regule el sistema monista sólo para éstas, tal modalidad será aplicable a la SE con independencia del juicio de oportunidad que tal decisión merezca. Pero donde la delegación esté concebida como recurso organizativo voluntario para las sociedades anónimas nacionales, éste es el carácter que tendrá también para las SE, pues la autorización condicionada que se atribuye a los Estados miembros en el artículo 43 del RESE no permite desigualdad de trato en este aspecto. En consecuencia, el Estado miembro puede o no contemplar la delegación en el seno del Consejo de la SE, pero si lo hace la configuración de dicha delegación deberá ser idéntica a la prevista para las sociedades anónimas domiciliadas en su territorio¹¹⁸⁴.

En Derecho español la delegación de facultades tiene carácter voluntario, otorgándose competencia, a estos efectos, al Consejo de administración¹¹⁸⁵, en las demás

¹¹⁸² Así, el Proyecto de estatuto de SE de 1991 contenía, en su artículo 66.2, una autorización facultativa en virtud de la cual los miembros del órgano de administración podían delegar en uno o varios de sus miembros “únicamente el poder de gestión de la SE”. También recogía la posibilidad de nombrar apoderados puesto que decía que “también podrá delegar determinados poderes de gestión a una o varias personas físicas que no sean miembros del órgano”.

¹¹⁸³ ESTEBAN VELASCO, G., “Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea”, ya cit., pág. 83 y ss. Lo cierto es que mediante el mecanismo de la delegación de facultades son los órganos delegados los que de hecho asumen las funciones directivas de la sociedad (a pesar de que el Consejo en pleno conserva todas sus facultades), de forma que el Consejo de administración (en pleno) será el encargado de establecer las líneas generales de la gestión, del nombramiento de los miembros que han van a ser los titulares del órgano delegado (que serán los encargados de la gestión y dirección de la sociedad), de vigilar la gestión que ha sido encomendada a los delegados y de aprobar sus decisiones. No obstante, existen significativas diferencias entre ambos sistemas de administración, puesto que a pesar de la delegación de facultades el órgano de administración en pleno, del sistema monista, sigue conservando las facultades delegadas y además los delegados forman parte del Consejo en pleno, mientras que en los sistemas duales se da una clara división de funciones: el órgano de dirección se ocupa de la gestión y el de control de la vigilancia y supervisión, además no se puede ser miembro de ambos órganos a la vez. En este sentido GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “El Consejo de administración: concepto y estructura”, ya cit., pág. 1291, señala: “no es difícil advertir que en este proceso anidaba la semilla de la evolución hacia los sistemas duales... concretamente del desplazamiento de las funciones ejecutivas y gestoras hacia un órgano diferenciado del mismo Consejo de administración, que pasa a limitarse a la supervisión y control de su ejercicio y a marcar la estrategia general de la entidad, lo que, como ya dijimos, no es privativo de los modelos germánicos, pues en la práctica en los sistemas monistas se llega a resultados similares... No obstante,... existe una diferencia sustancial, como es que en los duales no existe posibilidad de pertenecer simultáneamente al órgano de administración y al de vigilancia, mientras que en aquél los integrantes de los órganos delegados son miembros del Consejo de administración según expresa el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas (artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital). A pesar de ello, cabe poner en solfa la concepción de la administración de la sociedad anónima española como puramente monista”.

¹¹⁸⁴ QUIJANO GONZÁLEZ, J. “El sistema monista”, ya cit., págs. 613-614.

¹¹⁸⁵ A tenor de lo dispuesto en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas) y 149 a 152 del Reglamento del Registro Mercantil. Si bien, por vía

modalidades de configuración del órgano de administración (varios administradores solidarios o dos administradores mancomunados) se podrá recurrir a los mecanismos de la representación voluntaria¹¹⁸⁶, nombrando incluso apoderados generales, pero en ningún caso, salvo que el órgano se configure como Consejo, será posible la delegación¹¹⁸⁷. No obstante, he de señalar que nuestra Ley de Sociedades de Capital prevé la posibilidad de que los estatutos sociales dispongan otra cosa¹¹⁸⁸; p. ej., pueden establecer condiciones,

estatutaria se podrá establecer que el Consejo necesariamente deberá de delegar e igualmente, se podrá establecer cuáles son los cargos delegados que tengan que existir con carácter necesario. Véase MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 1753. Tal y como recoge SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 550, según opinión mayoritaria de nuestra doctrina, “en torno a los llamados órganos necesarios de la persona jurídica aparecen algunos órganos que la Ley impone de forma necesaria su incorporación a la organización de la persona jurídica, otros se incorporan a su estructura de modo facultativo, conforme a las necesidades de la misma. Dentro de esta categoría cabe situar a los órganos delegados cuya creación va a depender no de las exigencias de la propia Ley, sino de las necesidades resultantes de la organización de la sociedad, que habiendo optado por estructurar el órgano administrativo mediante un Consejo de administración, se considere conveniente la creación de órganos delegados, bien por voluntad del propio Consejo o bien por decisión contenida en los estatutos sociales. Ciertamente es la propia Ley la que autoriza tal posibilidad, pero a diferencia del caso de los órganos necesarios no impone su existencia. Por otro lado, los órganos delegados, además de su caracterización como órganos facultativos, pueden considerarse como subordinados al Consejo de administración”.

¹¹⁸⁶ Tal y como señala MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 1768: “la representación orgánica propia de la delegación de facultades, se contrapone a la representación voluntaria típica del apoderamiento. A diferencia de la primera, en ésta segunda forma de representación su contenido y extensión, así como todo lo relativo al ámbito de lícita actuación del apoderado se somete a los términos del poder que se hubiera otorgado. A diferencia también de lo que sucede con la delegación de facultades, que es objeto de inscripción constitutiva, los poderes no serán necesariamente inscribibles en el Registro Mercantil más que en el caso de tratarse de «poderes generales». Y en todo caso, no se trata de una inscripción dotada de eficacia constitutiva”. En este mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 581, recoge que “la facultad para otorgar poderes corresponde al órgano administrativo de la sociedad y a quienes sean titulares de poder de representación (administrador único, administradores solidarios, dos administradores mancomunados, Consejo de administración y órganos delegados –Consejero delegado, Comisión ejecutiva–)”; GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “El Consejo de administración: concepto y estructura”, ya cit., págs. 1306-1307, indica que: “el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital), en efecto, distingue claramente los dos instrumentos para la transferencia de funciones desde el Consejo: la delegación, como hemos visto, ha de recaer en personas «de su seno», que pertenezcan al Consejo de administración, lo que implica que los delegados serán siempre administradores; por el contrario, los apoderamientos podrán darse en «cualquier persona» y serán posibles tanto si existe Consejo de Administración como si existen administradores aislados. Además... en virtud de la delegación se crean nuevos órganos de la sociedad, lo que no se da cuando se apodera a un tercero. La traducción de esta diferencia es que, según el artículo 149.3 del Reglamento del Registro Mercantil, el ámbito de representación de los órganos delegados «será siempre el que determina el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital) en relación con los administradores», es decir, que por mor de esta representación orgánica de los delegados su voluntad es la voluntad misma de la sociedad, de forma que las limitaciones que puedan establecerse a la representación de los delegados no tendrán eficacia frente a terceros aunque se hallen inscritas en el Registro. Por el contrario, el apoderado es un representante voluntario cuyas facultades derivan de un poder que puede ser singular o general, de modo que los límites del apoderamiento sí que son trascendentes de cara al exterior, pues cuando se extralimite no obligará a la sociedad”.

¹¹⁸⁷ Realmente con la práctica de la delegación se está buscando solucionar los problemas de funcionamiento que pueden darse en un órgano de administración como consecuencia de la concentración de poder y del número elevado de sus miembros, problemas que no se producen cuando la administración se confía a un administrador único, a varios administradores solidarios o a dos administradores mancomunados, de ahí, que nuestro ordenamiento sólo permita tal práctica cuando la administración de la sociedad se confíe a un Consejo.

¹¹⁸⁸ En efecto, el artículo 249.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1 de la Ley de Sociedades Anónimas) dice: “cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa...”. Así pues, nuestra ley reserva a la autonomía estatutaria la posibilidad de configurar y en su caso designar los órganos delegados del Consejo de administración, lo que, en opinión de BOQUERA MATARREDONA, J. y

contenidos a delegar, etc., por supuesto siempre dentro del marco legal¹¹⁸⁹. De hecho, en nuestra legislación las posibilidades en cuanto al sistema de delegación adoptado no se encuentran limitadas a la existencia de uno o varios delegados, sino que se permite la existencia de órganos intermedios, como p. ej., Comisiones ejecutivas o incluso una combinación de estos sistemas (consejeros delegados, Comisión ejecutiva)¹¹⁹⁰.

La Comisión ejecutiva es un órgano frecuente en las sociedades anónimas españolas que tienen un tamaño importante, en definitiva, se trata de una forma de delegación en varios consejeros, con mandato de ejercer conjuntamente las funciones, que se constituyen en un órgano colegiado, eso sí, de dimensiones más pequeñas que el Consejo de administración propiamente dicho. Considero que este órgano encaja perfectamente con lo estipulado en el RESE, ya que el término “en las mismas condiciones” legitima todas las posibilidades que se admiten en Derecho español y por tanto, posibilita que las SE que se establezcan en España puedan optar por delegar determinadas facultades en varios consejeros que se constituyan en Comisión ejecutiva, puesto que una opción de este tipo no deja de ser una variante de “uno o más consejeros”. La SE podrá por tanto, al igual que las sociedades españolas, organizar su administración basándose en el instrumento de la delegación, mediante una Comisión ejecutiva sin más, o bien combinar ésta con la designación de uno o varios consejeros delegados con actuación separada o conjunta, o sólo mediante la existencia de estas últimas figuras sin Comisión ejecutiva, etc.¹¹⁹¹.

LATORRE CHINER, N., “Distribución y conflictos de competencias en la sociedad anónima no cotizada”, ya cit., págs. 71-72, esta autonomía estatutaria permitida por la norma nos “obliga a reflexionar sobre la viabilidad de aquellas cláusulas que reservan a la Junta general el acuerdo de proceder a la delegación de facultades y, en su caso, la determinación de las personas que han de ocupar tales cargos. De esta concreta cuestión se han ocupado la doctrina y la DGRN. La primera se muestra a favor de este tipo de cláusulas, ya que no alteran de modo sustancial la competencia legalmente reservada a cada uno de los órganos –aunque la atribución a la Junta de la facultad de crear órganos delegados supone una sustracción al Consejo de una de las competencias que inicialmente le corresponden, se ha de tener presente el carácter no exclusivo de la misma– y se entienden correctamente comprendidas en el ámbito de la capacidad organizadora que corresponde a los estatutos. Lo que no podría la Junta es, sin expresa autorización de los estatutos, atribuirse la facultad de crear los órganos delegados ni exigir al Consejo recabar la autorización de aquélla para proceder a la delegación; la delegación es una facultad que corresponde *ex lege* al Consejo y sólo puede serla sustraída o limitada por disposición estatutaria”. En este mismo sentido GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “El Consejo de administración: concepto y estructura”, ya cit., págs. 1291-1292, señala que: “...la regulación primaria de los órganos delegados es la establecida por las fuentes estatutarias, que pueden tender a realizar la administración colegiada por el Consejo (por ejemplo en sociedades cerradas de Consejos reducidos), en detrimento de la delegación, o simplemente guardar silencio o limitarse a reproducir el contenido del artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital), en cuyo caso corresponderá al Consejo, titular de la facultad delegar o no parte de sus funciones según las necesidades de la empresa, aunque la titularidad de las mismas nunca salga de sus dominios”. En cuanto al alcance y contenido de la regulación estatutaria de la delegación, véase RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La delegación de facultades del Consejo de administración de la sociedad anónima”, ya cit., págs. 94-96.

¹¹⁸⁹ Debo señalar que el artículo 249.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1 párrafo segundo de la Ley de Sociedades Anónimas) hace referencia a ciertas facultades que en ningún caso pueden ser objeto de delegación, determinando que “en ningún caso podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas de la gestión social y la presentación de balances a la Junta general, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella”.

¹¹⁹⁰ FERRANDO VILLALVA, M. L., “El sistema monista de administración de la Sociedad Europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 359. En este mismo sentido se pronuncia FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, F., *los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 558, donde recoge que: “aún cuando el artículo 141.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 249.1 de la Ley de Sociedades de Capital) se refiere a una «Comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados», ha de estimarse que tal posibilidad no es simplemente alternativa, sino que también pueden coexistir los consejeros delegados y la Comisión ejecutiva, de la que normalmente formarían parte... el consejero delegado no podrá ser nombrado por la Comisión ejecutiva, sino que habrá de serlo necesariamente por el Consejo de administración, por ser la facultad de delegación –como en general las facultades organizativas– indelegables por parte del Consejo”.

¹¹⁹¹ A tenor de lo dispuesto en el artículo 249.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1 de la Ley de Sociedades Anónimas). Surge duda en cuanto a la posibilidad de nombrar más de dos

En un plano diferente deben encuadrarse las prácticas relativas al reparto interno de tareas entre consejeros, distribución de funciones que no configuran formalmente una delegación, pero que es una práctica muy extendida en los últimos tiempos por las recomendaciones de buen gobierno, que instan a la constitución de comisiones internas, con cometidos diversos (fijación de retribuciones, relaciones con el accionariado, etc.); así como los apoderamientos, más o menos amplios, que se otorguen con fines de organizar las tareas directivas pero sin relación alguna en lo tocante a la estructura orgánica.

Todas estas figuras y prácticas serán también aplicables a las SE que decidan fijar su domicilio en España en virtud, tanto de lo previsto en el sistema de fuentes, como en el principio de igualdad de trato determinado para las SE en relación con las sociedades anónimas nacionales, puesto que nuestro legislador no ha adoptado medida alguna al respecto y se ha limitado a remitirse a lo establecido para los administradores de las sociedades anónimas¹¹⁹².

Por lo que respecta al alcance de la delegación, el RESE hace referencia al término “administración corriente”¹¹⁹³; como ya dije en su momento al hablar de este tema en el

consejeros delegados que actúen con carácter mancomunado, planteándose, en este supuesto, si deberán de constituirse en órgano colegiado. Lo cierto es que al contrario de lo que sucede con el Consejo de administración (dado que nuestra Ley de Sociedades de Capital impone la forma colegial cuando la administración se confía conjuntamente a más de dos personas), nuestra ley no contiene ninguna previsión similar referida a los órganos delegados, es más, el artículo 124.2.d) del Reglamento del Registro Mercantil se limita a decir que en el caso de que el Consejo nombre a uno o varios consejeros delegados “se indicará el régimen de actuación”. En relación con esta problemática la doctrina se encuentra dividida, véase MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 1754; ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, J.A., “La delegación de facultades por el Consejo de administración en la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 1834-1835. El profesor SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 557, considera que “si nuestra Ley ha querido que cuando se confíe la administración conjuntamente a tres o más personas formen necesariamente Consejo de administración –es decir, un órgano colegiado (artículo 136 del TRLSA; actual artículo 210.2 de la Ley de Sociedades de Capital)– de forma análoga, cuando exista una delegación conjunta a tres o más administradores, éstos deben de actuar necesariamente de forma colegiada. Dicho en otros términos, estaremos ante una Comisión ejecutiva”. En este mismo sentido se pronuncia GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “El Consejo de administración: concepto y estructura”, ya cit., pág. 1302, cuando dice que “cuando se nombra a tres o más Consejeros delegados éstos deben actuar formando colegio, pues es ése el propósito legal, presente en el artículo 136 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 210.2 de la Ley de Sociedades de Capital), antes examinado, que no cabe obviar en lo que hace a la delegación de funciones del Consejo. Así las cosas, si se nombran más de dos Consejeros delegados (lo que suele darse en sociedades con Consejos muy numerosos, que precisan de más agilidad para reunirse), estamos en presencia de una Comisión ejecutiva o permanente, regida por las mismas normas aplicables al Consejo del que deriva y que, según criterio doctrinal mayoritario, puede coexistir con uno o varios Consejeros delegados, nombrados por el Consejo”.

¹¹⁹² De acuerdo con lo previsto en los artículos 9 y 10 del RESE y 477 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 328 del TRLSA). Según el sistema de fuentes contenido en el RESE (artículo 9), en las materias no reguladas o reguladas sólo en parte y a falta de disposiciones especialmente adoptadas por el legislador nacional para las SE, será de aplicación lo previsto en la legislación societaria para las sociedades anónimas nacionales. En todo caso, las SE recibirán el mismo trato que una sociedad anónima nacional constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social (artículo 10). A mayor abundamiento, el legislador español, al regular el sistema monista, se ha limitado a declarar de aplicación al órgano de administración de las SE, lo establecido en la Ley de Sociedades de Capital para los administradores de las sociedades anónimas nacionales (artículo 477).

¹¹⁹³ Se emplea la misma terminología prevista en el artículo 39.1 relativo a la delegación de facultades del órgano de dirección en el sistema dual. Por lo que los comentarios hechos en dicho apartado son de aplicación a la delegación de facultades en el sistema monista. En palabras de SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 482: “...quizá es la delegación permanente de las funciones administrativas del consejo en uno o varios Consejeros delegados uno de los aspectos más relevantes, en cuanto que se confía a éstos la gestión diaria de la sociedad a la que va unida la representación, con un ámbito similar a la del propio consejo, la que permite escindir dentro del propio órgano, si bien con cierta ambigüedad, la función administrativa que se asume por los Consejeros delegados (que adquieren la condición de «ejecutivos») y los consejeros no delegados, que sin perder en línea de principio su participación

sistema dual, debe entenderse que lo que se quiere es designar el conjunto de actos necesarios para el desarrollo efectivo del objeto social de acuerdo con los planes adoptados para el desarrollo de la empresa por el Consejo de administración; por lo tanto, no se consideraría administración corriente la planificación o fijación de directrices generales para la marcha de la sociedad, ni los actos de administración o disposición de carácter especial o extraordinario, es decir, actos que por su importancia, finalidad o excepcionalidad no pueden considerarse acontecimientos normales en la empresa¹¹⁹⁴.

Indudablemente, el hecho de que el RESE considere que la materia delegable es la “administración corriente” implica la existencia de un ámbito indelegable y, en este sentido, entrará en juego la referencia que el RESE hace a “las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas con domicilio en su territorio”¹¹⁹⁵.

En consecuencia, y teniendo en cuenta que la delegación debe de hacerse en las mismas condiciones fijadas para las sociedades anónimas nacionales, debo hacer referencia a las limitaciones establecidas en el régimen jurídico societario español que considera indelegables ciertas facultades como la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta general y las facultades que ésta otorgue al Consejo, salvo autorización expresa de la Junta¹¹⁹⁶, a las que habría que añadir, si acaso, las prerrogativas de organización que corresponden al propio Consejo como pueden ser la fijación de sus reglas de funcionamiento a través de reglamentos internos o la facultad de cooptación.

en las funciones de administrativas que ejerza de hecho el consejo, asumen la función de control de los ejecutivos”.

¹¹⁹⁴ Véase ESTEBAN VELASCO, G., “Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea”, ya cit., pág. 86. En este mismo sentido QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El sistema monista”, ya cit., pág. 615, señala que “la constatación de que no es delegable lo que no es administración corriente o gestión ordinaria lleva a concluir que ni la fijación de directrices generales ni los actos de administración o disposición extraordinaria pueden ser objeto de delegación”.

¹¹⁹⁵ Así se establece en el artículo 43.1 del RESE. Este artículo cuyo contenido, en relación con la delegación, es similar al relativo al órgano de dirección del sistema dual (artículo 39.1), al referirse a los contenidos delegables hace referencia a “la administración corriente”, pero dado que la delegación deberá de efectuarse en las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas nacionales, para conocer el alcance de las facultades delegables habrá que acudir a las disposiciones nacionales relativas a la delegación.

¹¹⁹⁶ De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 249.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1, párrafo segundo de la Ley de Sociedades Anónimas). Según recoge el Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Valladolid, D. Jesús Quijano González: “en el caso español ya se venía entendiendo que la definición legal de lo indelegable (la rendición de cuentas, la presentación de balances, etc., del artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas) eran base suficiente para una construcción adecuada del papel del Consejo en pleno como órgano con facultades de control, supervisión, vigilancia, planificación general, instrucción, etc.”. Véase QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El sistema monista”, ya cit., pág. 615.

Lo cierto es que será necesario establecer el alcance del artículo 249.2 (antiguo artículo 141.1, párrafo segundo del TRLSA), y cabe preguntarse si la enumeración que contiene agota la descripción de todas las facultades legal y estatutariamente delegables; según GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “El Consejo de administración: concepto y estructura”, ya cit., págs. 1302-1303, “la respuesta es negativa. En primer término, el consejo no podrá delegar todas aquellas funciones que, o bien no le incumben, como las de la Junta general, o bien sólo le incumben a él, como son todas aquellas relacionadas con sus facultades autoorganizativas y de funcionamiento (la misma delegación de funciones, nombramiento de sus cargos, reglamento interno, facultad de cooptación...)”. En este mismo sentido SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 559, dice que “...lo importante es saber precisamente cuáles son «las facultades legal y estatutariamente delegables», sin que pueda servirnos la interpretación «a contrario» del párrafo segundo del artículo 141.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 249.2 de la Ley de Sociedades de Capital), cuya recta interpretación debe de llevarnos a que las facultades enumeradas en dicho párrafo son efectivamente indelegables”; asimismo el profesor SÁNCHEZ CALERO, F., considera que, además de las facultades indelegables por mandato legal, el Consejo de administración tiene unas facultades propias, como son el dirigir la estrategia de la sociedad, los criterios fundamentales que ha de regir la gestión social, la política general de la empresa de la que es titular y otras cuestiones como son las facultades de organización del propio Consejo (como regular su propio funcionamiento, designar a su Presidente, etc.) que son indelegables. Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 564.

La obligación que se impone al Consejo de administración de comparecer ante los socios para la rendición y presentación de las cuentas, evita que el Consejo quede sin contenido alguno, a la vez que subraya la responsabilidad última que le corresponde sobre la gestión social que, lógicamente, no queda anulada, ni mitigada por el hecho de la delegación¹¹⁹⁷.

La delegación de la administración ordinaria o corriente supondrá, también, la atribución al consejero o consejeros delegados de un poder de representación en los términos que establece nuestra legislación¹¹⁹⁸, de forma que se expresa claramente la posición orgánica que ostentan los delegados y que comparten con el Consejo de administración¹¹⁹⁹.

También debo hacer mención al término empleado por el RESE, al referirse a “que el responsable” de la administración corriente sea uno o más consejeros delegados. La expresión empleada es de lo menos afortunada, ya que con ella se quiere indicar que se asignan o atribuyen determinadas facultades con la consiguiente legitimación para ejercitarlas, pero ello no implica que, por el mero hecho de la delegación, asuman la responsabilidad de forma automática y exclusiva, desplazando de esta manera la que corresponde al resto de los administradores.

Teniendo en cuenta la posición orgánica que ostentan los delegados, tal referencia debe de ser entendida en el sentido de que los delegados tendrán una responsabilidad inmediata por el daño derivado de las acciones u omisiones culpables en el ámbito de la gestión ordinaria, sin que por ello quede excluida la responsabilidad de los restantes miembros del Consejo por incumplimiento de sus deberes de vigilancia o supervisión. A mayor abundamiento, nuestra legislación establece el principio de responsabilidad solidaria

¹¹⁹⁷ IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRIA, J., “Los órganos sociales de las sociedades anónima y limitada”, *Lecciones de derecho mercantil*, MENENDEZ, A. (director), Thomson y Civitas. Madrid 2004, Pág. 365.

¹¹⁹⁸ Véanse los artículos 233 y 234 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 128 y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas) y artículos 124.2.d) y 149 del Reglamento del Registro Mercantil. A tenor de lo previsto en estos artículos el poder de representación corresponde al titular de la representación orgánica (administrador único, administradores solidarios, dos administradores mancomunados, Consejo de administración). Cuando el órgano de administración se configure en forma de Consejo de administración, el poder de representación corresponderá a este órgano colegiado, pudiendo, además, los estatutos atribuir el poder de representación a uno o varios consejeros delegados e, igualmente, el Consejo de administración mediante acuerdo de delegación puede designar a una Comisión ejecutiva o a uno o varios consejeros delegados, en cuyo caso indicará el régimen de su actuación (artículo 233.2. d) de la Ley de Sociedades de Capital y 124.2.d) del Reglamento del Registro Mercantil). En el supuesto de que se nombren varios consejeros delegados deberá indicarse qué facultades se ejercerán solidariamente y cuáles en forma mancomunada o, en su caso, si todas las facultades que se delegan deberán ejercerse de una o de otra forma (artículo 149.1 del Reglamento del Registro Mercantil). En consecuencia, la titularidad del poder de representación de los órganos delegados dependerá de los términos del acuerdo de delegación. El ámbito del poder de representación de los órganos delegados será el determinado en la Ley de Sociedades de Capital para los administradores y, por tanto, se extenderá a todos los actos comprendidos dentro del objeto social, siendo ineficaz, frente a terceros de buena fe, cualquier limitación a dichas facultades aunque estuviera inscrita en el Registro Mercantil y quedando obligada la sociedad frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social (artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital y 149.3 del Reglamento el Registro Mercantil).

¹¹⁹⁹ FERRANDO VILLALVA, M. L., “El sistema monista de administración de la Sociedad Europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 360. En el mismo sentido QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El sistema monista”, ya cit., pág. 616, señala que “...en el caso español todos los datos legislativos conducen a una conclusión no discutida que es la configuración de la posición de los delegados como posición orgánica. Los delegados no desplazan al Consejo como órgano, obviamente, pero comparten con él la naturaleza orgánica y, con ella, la atribución del poder de representación de contenido típico e inderogable...”.

de todos los miembros del Consejo¹²⁰⁰, sin perjuicio de que los no delegados puedan exonerarse utilizando los medios probatorios previstos al efecto¹²⁰¹.

Dada la importancia y trascendencia que tienen, tanto la delegación permanente de facultades, como la designación de los consejeros que han de ocupar dichos cargos, la legislación española exige que estos acuerdos se adopten con el voto favorable de las dos terceras partes de los consejeros¹²⁰², así como su inscripción en el Registro Mercantil con carácter constitutivo¹²⁰³.

Quiero hacer notar que el RESE contiene, en la sección 3 dedicada a las normas comunes a ambos sistemas de administración, normas relativas a los quórum de constitución y adopción de acuerdos de los órganos de la SE¹²⁰⁴ que serán de aplicación

¹²⁰⁰ A tenor de lo previsto en el artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 133.3 de la Ley de Sociedades Anónimas). Además, según lo dispuesto en el artículo 51 del RESE: “los miembros del órgano de dirección, de control o de administración responderán, según las disposiciones del Estado miembro donde esté 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”. A mayor abundamiento el artículo 490 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo 335 del TRLSA) estipula: “las disposiciones sobre responsabilidad previstas para los administradores de sociedades anónimas se aplicaran a los miembros de los órganos de administración, dirección y del Consejo de control en el ámbito de sus respectivas funciones”.

¹²⁰¹ Véase ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 198, octubre-diciembre 1990, págs. 639 y ss., concretamente en la pág. 723 señala: “...la única especialidad en el supuesto de delegación radica en la propia modulación o concreción del deber de diligencia en función de la peculiar posición orgánica que asumen delegados y no delegados” y más adelante en las págs. 724-725, añade: “finalmente, a partir de la solidaridad en la responsabilidad entre administradores delegados y no delegados, debemos plantearnos la aplicación del artículo 133.3 del TRLSA (actual artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital –supuestos de exoneración–) en aquellos supuestos en que existe órgano delegado. En la mayoría de los casos los administradores no delegados desconocerán las actuaciones concretas del órgano delegado en el marco de la gestión ordinaria de la sociedad encomendada al mismo, si bien ello no es causa automática de exoneración, pues ésta exigirá la prueba por los administradores no delegados de que han cumplido con el módulo de la diligencia exigible a los mismos (inexistencia de culpa *in eligendo, in instruendo e in vigilando*). Si los administradores no delegados conocieran del acto del órgano delegado causante del daño, la exoneración exigirá... bien la prueba de que hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o bien de que, al menos, se opusieran expresamente...”. En el mismo sentido GARCÍA VILLAVERDE, R., “Exoneración de responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada por falta de culpa”, *Derecho de sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1321 y ss.

¹²⁰² Según lo establecido en el artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.2 de la Ley de Sociedades Anónimas). Se exige una mayoría reforzada en dos sentidos, en cuanto al número de votos, (se exigen dos tercios –frente a la mayoría absoluta exigida normalmente–), y en cuanto a la base de cómputo que viene referenciada a los componentes del Consejo (frente a los consejeros concurrentes). En opinión de GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “El Consejo de administración: concepto y estructura”, ya cit., pág. 1293, se “...impone una mayoría reforzada para garantizar el grado suficiente de adhesión de los componentes de dicho órgano en la adopción de un acuerdo de tanta trascendencia para la sociedad, que justifica un régimen más riguroso que el prevenido para los demás acuerdos del Consejo...”.

¹²⁰³ De modo que hasta su inscripción en el Registro Mercantil, el nombramiento y delegación de facultades no surtirán efectos (artículo 249.3 *in fine* de la Ley de Sociedades de Capital; antiguo artículo 141.2 *in fine* de la Ley de Sociedades Anónimas). Para la inscripción registral se exigirá la previa aceptación de los nombrados y se precisará, además, escritura pública; hasta que no se lleve a cabo la inscripción, el acuerdo no producirá efecto alguno (puesto que la inscripción reviste eficacia constitutiva); ahora bien, una vez inscrito, los efectos de la delegación se retrotraen al momento del nombramiento. Véanse los artículos 149 a 152 del Reglamento del Registro Mercantil. Conviene observar que, a tenor de lo previsto en el artículo 150 del Reglamento del Registro mercantil, se viene a establecer un sistema de doble aceptación, ya que se requiere la aceptación, tanto del cargo de consejero, como de la condición de Consejero delegado o miembro de un órgano delegado (Comisión ejecutiva).

¹²⁰⁴ Efectivamente, el artículo 50 del RESE, dejando a salvo los casos en que el propio reglamento o los estatutos dispongan otra cosa, establece, para la válida constitución de los órganos de la SE, un quórum de al menos la mitad de sus miembros presentes o representados y para la toma de decisiones un quórum de la mayoría de los miembros presente o representados. Cabe entender, sin embargo, que en el supuesto de que la

directa a todas las SE, dejando a salvo los casos en que el propio RESE o los estatutos dispongan otra cosa. Entiendo, no obstante, que en el supuesto que nos ocupa prevalece la unidad de régimen con las sociedades anónimas nacionales, puesto que la autorización otorgada por el RESE para la delegación de facultades lo es con carácter voluntario, pero “en las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas nacionales” y por tanto, hemos de considerar que éste es uno de los supuestos en que el propio RESE “dispone otra cosa” y por tanto, prevalecerán, tanto para la delegación permanente de facultades, como para la designación de los consejeros que han de ocupar dichos cargos, los quórum establecidos en nuestra Ley de Sociedades de Capital.

3. REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD (DELEGACIÓN)

A tenor de los comentarios anteriores, en relación con las actuaciones necesarias para la gestión de la sociedad en orden al cumplimiento del objeto social, surge el tema de la representación externa¹²⁰⁵ y con él la cuestión de considerar o no comprendidas las facultades de representación en la delegación que con el término “administración corriente” se recoge en el RESE. Aunque expresamente nada se dice en este texto, existen razones para pensar que la representación ordinaria va implícita en la delegación de la gestión. No se puede negar la relación tácita existente entre gestión y representación frente a terceros, y no cabe duda de que someter los actos de gestión ordinaria a una comprobación, en cuanto a los límites, que pudiera afectar al poder de representación, comportaría un grave riesgo para la seguridad jurídica¹²⁰⁶.

En todo caso, teniendo en cuenta que en materia de representación el RESE guarda silencio, deberemos acudir a efectos, tanto de regular su titularidad, como el ejercicio y ámbito de la misma, al régimen jurídico del Estado del domicilio de la SE armonizado parcialmente de acuerdo con la Primera Directiva (68/151/CEE)¹²⁰⁷.

delegación de facultades se instrumente mediante una Comisión ejecutiva (órgano colegiado de administración) no alcanzarán a dicho órgano los quórum fijados en el artículo 50 del RESE, sino que será de aplicación lo dispuesto a estos efectos para la sociedades anónimas nacionales, puesto que, de acuerdo con lo dispuesto en el RESE, la delegación de facultades lo será “en las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas nacionales”.

¹²⁰⁵ En relación con la titularidad y ejercicio del poder de representación, en el sistema monista, puede consultarse MORILLAS JARILLO, M. J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, ya cit., págs. 73-75. Concretamente en la pág. 75 se refiere a los órganos delegados señalando que: “y es que el objetivo perseguido con la descentralización de la administración social se conseguirá más efectivamente cuando, junto a determinadas facultades gestoras de naturaleza societaria, se atribuya también a los órganos delegados el poder de representación social, que en este caso tendrá una extensión idéntica a las facultades representativas del órgano delegante (artículo 149.3 del Reglamento del Registro Mercantil)”.

¹²⁰⁶ Realmente interesante, en cuanto al tema de representación, es el trabajo de ESTEBAN VELASCO, G. “La representación de la sociedad frente a terceros”, ya cit., pág. 253 y ss. Por su parte, QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El sistema monista”, ya cit., pág. 616, señala que “...el concepto genérico de administración incluye tanto la gestión interna como la representación externa y que, en consecuencia, la atribución de la representación ordinaria va implícita a la delegación de la gestión; que existe una correlación tácita entre gestión y representación que no necesita ser expresada, hasta el punto de que el principio de no deformabilidad, o de inderogabilidad, de la representación frente a terceros entraría en riesgo si fuera necesario comprobar en cada caso eventuales límites al poder de representación derivados de una concepción restrictiva de lo delegable en materia de gestión ordinaria...”

¹²⁰⁷ Véase ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, ya cit., pág. 153. Lo cierto es que el artículo 23 e) de la Ley de Sociedades de Capital, modificado por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, (antiguo artículo 9 h) del TRLSA) y el artículo 124.1 del Reglamento del Registro Mercantil dicen que en los estatutos se hará constar la estructura del órgano de administración (la modificación del apartado e) del artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital permite que en los estatutos se haga constar uno o más modos de organizar la administración) y el artículo 233 de la Ley de Sociedades de Capital (en relación con el artículo 124.2 del Reglamento del Registro Mercantil) dice que cuando la administración se

En el ordenamiento jurídico societario español rige el principio de asimilación, a efectos del ámbito del poder de representación, entre los consejeros delegados y los administradores. Por tanto, excluidas las facultades que son indelegables según nuestra Ley de Sociedades de Capital¹²⁰⁸, los consejeros delegados tienen el mismo poder de representación que el Consejo¹²⁰⁹. Los consejeros investidos de poder de representación en virtud de acto de delegación (y no por mero otorgamiento de poder voluntario) tienen un ámbito de poder de representación vinculado a su posición orgánica y por tanto, con un

confíe a un Consejo de administración la representación corresponderá al propio Consejo que actuará colegiadamente, pero, además, añade que los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno varios miembros a título individual o conjunto (hay que advertir que esta posibilidad no coincide con lo previsto en el artículo 9.3 de la Primera Directiva 68/151/CEE de 9 de marzo de 1968, que hacía referencia "...a una o varias personas que actúen conjuntamente..."). Asimismo, cuando el Consejo, mediante el acuerdo de delegación nombre uno o varios Consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación. Por consiguiente, tal y como dice GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., "El Consejo de administración: concepto y estructura", ya cit., pág. 1305, "...el poder de representación adopta una estructura similar a la de los administradores solidarios, pues la sociedad quedará vinculada no sólo por las decisiones del Consejo como órgano de administración sino también por el o los Consejeros delegados, conforme al artículo 128 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 233.1 de la Ley de Sociedades de Capital): «la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos...»". En relación con la delegación facultativa del poder de representación el profesor ESTEBAN VELASCO, G., señala que "entre las facultades que el Consejo puede delegar se encuentran las de representación. A esta posibilidad se refiere la norma reglamentaria al establecer que «cuando el Consejo, mediante el acuerdo de delegación nombre a uno o varios Consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación» (artículo 124.2.d), párrafo 2 del Reglamento del Registro Mercantil y artículo 233.2.d), párrafo 2 de la actual Ley de Sociedades de Capital). Aunque normalmente van unidos el acuerdo de delegación y la designación de los titulares del órgano, jurídicamente es clara la diferencia de ambos actos. En rigor, la determinación de la estructura del órgano de delegación (uno o varios órganos, su composición y régimen de actuación) y la competencia de los administradores delegados pertenecen al acuerdo de delegación y no al acto del nombramiento, aunque caben en este último limitaciones de alcance interno a sus facultades... Si, como ya hemos indicado, los delegados desarrollan la misma función orgánica que incumbe al Consejo, debe considerarse que en virtud del nombramiento vienen investidos de la titularidad del poder general de representación orgánica... se configura expresamente el ámbito del poder de representación de los delegados con un contenido legal típico, como en el caso de su ejercicio por el Consejo (artículo 149.3. del Reglamento del Registro Mercantil y 129 del TRLSA – actual artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital–). Sólo son oponibles los límites legales. En cambio, las eventuales limitaciones a su poder de gestión, establecidas al indicar «las facultades que se delegan», si no se «delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables» (artículo 149.3 del Reglamento del Registro Mercantil) no son eficaces frente a terceros, pero sí internamente en cuanto deberes, cuyo incumplimiento se puede traducir en medidas de revocación y de responsabilidad". Véase ESTEBAN VELASCO, G., "Modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación", *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 319-320.

¹²⁰⁸ A tenor de lo previsto en el artículo 249.2 (antiguo artículo 141.1, último párrafo del TRLSA). Este artículo se está refiriendo a la rendición de cuentas de la gestión social y a la presentación de balances a la Junta general, así como a las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella, que constituyen las prohibiciones legales de delegación, no obstante, hay que tener en cuenta que, además, existen otro tipo de limitaciones que se derivan de la naturaleza de ciertas facultades del Consejo, entre las que cabe nombrar: la redacción de los reglamentos internos, el nombramiento de los cargos del Consejo o de los cargos delegados, el ejercicio de la facultad de cooptación; habría que añadir, también, la presentación de determinados informes que la Ley de Sociedades de Capital determina que deben ser presentados por los administradores, como por ejemplo, los relativos a la modificación de los estatutos sociales, a la reducción de capital en caso de pérdidas, los de fusión y escisión, etc.; respecto a las SE hay que tener en cuenta que en los procesos de traslado de domicilio social, de constitución de una SE por fusión, *holding* y transformación, el órgano de dirección o administración debe de redactar determinados informes relativos al proceso que se va a llevar a cabo.

¹²⁰⁹ Así viene establecido en los artículos 233 y 234 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos 128 –en relación con el 9 h) – y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas) y 124.2.d) y 149.3 del Reglamento del Registro Mercantil. Tal y como recoge ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY, J. A., "La delegación de facultades por el Consejo de administración en la Sociedad Anónima", ya cit., pág. 1833: "las facultades de representación corresponden al Consejo, y éstas se pueden atribuir por los estatutos, además de al Consejo a algunos de sus miembros, o bien delegarse por el Consejo a Consejeros delegados o Comisiones ejecutivas".

contenido típico e inderogable¹²¹⁰. No obstante, los consejeros delegados no desplazan al Consejo de administración como órgano, sino que comparten con él la naturaleza orgánica y con ella, la atribución de un poder de representación en los términos establecidos nuestra Ley de Sociedades de Capital¹²¹¹.

4. NOMBRAMIENTO Y REVOCACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

El nombramiento de los miembros del órgano de administración es competencia de la Junta general¹²¹², el RESE le atribuye esta competencia con carácter exclusivo, se trata de una competencia exclusiva y no delegable.

El principio establecido con carácter general por el RESE, en cuanto al nombramiento de los miembros del órgano de administración, debe ser entendido como una regla general de identidad con la que, seguramente, se quiere marcar la diferencia respecto del sistema dual, donde encontramos un precepto de similar redacción¹²¹³ referido al órgano de control y no al de dirección, cuyos miembros son nombrados precisamente por aquél (o por la Junta general si así lo dispone el Estado miembro)¹²¹⁴. La regla general de nombramiento por la Junta aparece inicialmente como una competencia atribuida con el carácter de exclusividad que tradicionalmente tuvo como manifestación de soberanía¹²¹⁵.

¹²¹⁰ ESTEBAN VELASCO, G., “Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea”, ya cit., pág. 86. Tal y como señala el profesor ESTEBAN VELASCO. G., “los delegados de la gestión diaria no se verán limitados frente a terceros por la restricción derivada de lo que deba entenderse por gestión diaria”.

¹²¹¹ Véanse los artículos 23. e), 233 y 234 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 9. h), 128 y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas) y los artículos 124.2.d) y 149 del Reglamento del Registro Mercantil. Estos artículos determinan, tanto la atribución legal del poder de representación en función de la estructura del órgano al que se haya encomendado la administración (administrador único, administradores solidarios, dos administradores mancomunados, Consejo de administración), como el ámbito de dicho poder de representación.

¹²¹² A tenor de lo dispuesto en el artículo 43.3 del RESE se atribuye a la Junta general la competencia para el nombramiento de los miembros del órgano de administración, dejando a salvo los derechos que las legislaciones nacionales puedan otorgar a las minorías de accionistas (nuestra Ley de Sociedades de Capital regula los derechos de las minorías de accionistas en el artículo 243 –antiguo artículo 137 del TRLSA–, habrá que tener también en cuenta lo previsto en el RD de 17 de mayo de 1991 y en el artículo 140 del Reglamento del Registro Mercantil), a otras personas o autoridades o, en su caso, los que puedan corresponder a los trabajadores en virtud de lo dispuesto en la Directiva 2001/86/CE y con la excepción referida al nombramiento de los componentes del primer órgano de administración, que podrán ser designados por vía estatutaria.

¹²¹³ En efecto, el artículo 40.2 del RESE está referido al nombramiento de los miembros del órgano de control, contiene una redacción similar al relativo al nombramiento de los miembros del órgano de administración de los sistemas monistas y atribuye a la Junta general la competencia para el nombramiento de los miembros del órgano de control con carácter exclusivo; por contraposición, en el sistema dual, la competencia para el nombramiento de los miembros de Dirección se atribuye al órgano de control, salvo que los Estados miembros (en las mismas condiciones que rijan para las sociedades anónimas nacionales) establezcan la competencia de la Junta general o permitan que, por vía estatutaria, se atribuya al referido órgano la competencia para el nombramiento o revocación (artículo 39.2).

¹²¹⁴ En los sistemas duales de administración, según lo dispuesto en el artículo 39.2 del RESE, la competencia para el nombramiento del miembro o miembros del órgano de dirección viene atribuida al órgano de control. Aunque en el párrafo segundo del citado artículo se contiene una autorización de carácter facultativo en virtud de la cual los Estados miembros podrán establecer o permitir que los estatutos puedan disponer que el miembro o los miembros del órgano de dirección sean nombrados o revocados por la Junta general, en las mismas condiciones que estén establecidas para las sociedades anónimas nacionales

¹²¹⁵ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El sistema monista,” ya cit., pág. 629. Tal y como recoge SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 81-82: “...nos hallamos ante un acto que está sometido al régimen general de acuerdos de la Junta general, cuya validez entraña la correcta constitución de éste órgano (convocatoria, concurrencia de socios, etc.) y de su declaración de voluntad mediante el voto mayoritario de los accionistas... El nombramiento, no obstante para que surta efecto, habrá de ser aceptado por el administrador designado. Esto no impide hacer perder al acto de nombramiento el carácter de negocio jurídico unilateral, cuyo régimen jurídico sigue siendo el de los acuerdos

No obstante, esta regla general tiene algunas excepciones, a tenor de lo dispuesto por el RESE. La primera excepción es la referida a los miembros del primer órgano de administración que podrán designarse en los estatutos¹²¹⁶, evitando con ello posibles vacíos iniciales de dirección en esta primera etapa de la vida social, cuando todavía no ha comenzado la actividad social, ni ha empezado a funcionar la Junta general.

Nuestra Ley de Sociedades de Capital considera obligatoria la mención, en la escritura de constitución de la sociedad, de las personas que se encarguen inicialmente de la administración¹²¹⁷, mientras que de la redacción del RESE se desprende que tal designación tiene carácter facultativo: “los miembros del primer órgano de administración podrán designarse en los estatutos”¹²¹⁸.

Una segunda excepción, al principio general de nombramiento por la Junta general, tiene su origen en la remisión que, en relación con los derechos que algunas legislaciones nacionales otorgan a determinadas minorías de accionistas o a otras personas o autoridades, efectúa el RESE a las diversas legislaciones de los Estados miembros¹²¹⁹. Esta remisión abre un amplio campo a los nombramientos especiales en función de lo establecido al respecto en las diversas legislaciones de los Estados miembros¹²²⁰.

En relación con esta segunda excepción, cabe considerar si sería aplicable a las SE que decidan establecerse en España y opten por un sistema de administración monista el

de la Junta general. La Ley de Sociedades Anónimas al referirse... a que «el nombramiento de los administradores» corresponde a la Junta general ha querido no simplemente manifestar que dicho nombramiento cae dentro de la competencia de ese órgano, sino también que es la sola voluntad de la Junta la que decide sobre la designación de los administradores mediante un acuerdo, que sigue siendo un acto unilateral de la sociedad, aun cuando para que surta sus efectos sea precisa la aceptación del nombrado; aceptación que se considera como presupuesto o condición para que el nombramiento sea efectivo”.

¹²¹⁶ Según lo dispuesto en el artículo 43.3 el RESE permite que los miembros del primer órgano de administración sean designados en los estatutos, aunque dicha designación tendrá carácter facultativo; por el contrario nuestra Ley de Sociedades de Capital exige imperativamente su designación al establecer que en la escritura de constitución se deberá de hacer constar “la identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación de la sociedad” (artículo 22.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 8.f) del TRLSA–). En consecuencia, para las SE que decidan fijar su domicilio en España prevalecerá lo dispuesto en el RESE y por tanto, la designación estatutaria de los miembros del primer órgano de administración tendrá carácter facultativo.

¹²¹⁷ En efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 22.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo 8.f) del TRLSA) en la escritura social deberá de hacerse mención obligatoria de la identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación de la sociedad.

¹²¹⁸ Debemos reflexionar sobre la facultad de designar en los estatutos a los miembros del primer órgano de administración, ya que tal designación traerá aparejada la consecuencia de que habrá que efectuar, necesariamente, la correspondiente modificación estatutaria, para la revocación de los miembros así designados. Ahora bien, tal y como señala QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El sistema monista”, ya cit., pág. 630, “la variedad formal puede obedecer simplemente a la falta de claridad, bastante frecuente, en la distinción entre escritura y estatutos, sin otra trascendencia. La otra diferencia, que afecta más al carácter del nombramiento, puede estar relacionada con el hecho de que la legislación nacional lo refiere más bien al supuesto de creación *ex novo* de la sociedad, mientras que la puesta en marcha de la SE se hace a partir de sociedades preexistentes y en funcionamiento que pueden acudir con más facilidad a un nombramiento ya en Junta general, excluyendo el estatutario”.

¹²¹⁹ Según lo establecido en el artículo 43.3 del RESE, que nos remite a lo previsto en el artículo 47.4 de dicho texto legal (este artículo será objeto de un estudio más detallado cuando me ocupe de las disposiciones comunes a ambos sistemas de administración) que hace referencia a lo dispuesto en las legislaciones nacionales sobre la concesión a las minorías de accionistas o, a otras personas o autoridades del derecho a nombrar una parte de los miembros de los órganos.

¹²²⁰ En relación con la legislación española, debo mencionar el artículo 243 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas) desarrollado mediante el RD de 17 de mayo de 1991 y complementado por el Reglamento del Registro Mercantil (artículo 140) que establece un sistema proporcional para la elección de los miembros del Consejo de administración.

mecanismo de cooptación que recoge nuestra legislación¹²²¹, para lo cual, habrá que valorar si dentro del término “otras personas o autoridades” se puede dar cabida a los consejeros que ejercitan la cooptación. En la indicada expresión no encuentro impedimento alguno y, a mayor abundamiento, según lo establecido en el RESE, la SE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social¹²²²; además, si consideramos que esta materia es una de las no contempladas en el RESE, según el sistema de fuentes, tendremos que regirnos en primer lugar, por las disposiciones legales que adopten los Estados miembros, en aplicación de medidas comunitarias, que se refieran específicamente a las SE¹²²³ y la Ley 19/2005 recoge en su articulado que, en caso de que se opte por un sistema de administración monista, será de aplicación al órgano de administración lo establecido en la Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital), para los administradores de las sociedades anónimas¹²²⁴ y en segundo lugar, por las disposiciones legales aplicables a una sociedad anónima constituida con arreglo a nuestra legislación¹²²⁵, por lo tanto, considero que el mecanismo de la cooptación sí será aplicable a las SE que decidan establecerse en España y opten por el sistema monista.

Por último debo señalar, en cuanto a esta excepción, que la facultad otorgada a las “autoridades”, en el nombramiento de los miembros del órgano de administración, cubre los supuestos en que las diversas legislaciones nacionales de los Estados miembros contemplen tal posibilidad en función de los distintos sectores económicos.

¹²²¹ La cooptación se recoge en el artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 138 de la Ley de Sociedades Anónimas). Este artículo prevé que en el caso de que durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjeran vacantes en la composición del Consejo, dicho órgano podrá designar entre los accionistas a las personas que ocupen dichas vacantes hasta la celebración de la primera Junta general. Mediante este sistema se garantiza la estabilidad del órgano de administración, permitiendo una fácil y rápida reconstitución del Consejo, si bien, tal y como dice POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 421, a costa de derogar el principio general establecido en la Ley relativo a que el nombramiento de los administradores corresponde a los socios, bien reunidos en Junta general (artículo 123 TRLSA –actual artículo 214.1 de la Ley de Sociedades de Capital–), bien con ocasión de la Junta constituyente (artículo 25.1.e) del TRLSA –actual artículo 47.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital–) o del otorgamiento de la escritura de constitución (artículo 8.f) del TRLSA –actual artículo 22.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital–). De forma similar se expresa SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 518, donde señala: “...si bien tal como recoge el artículo 138 (actual artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital) aparentemente, como se ha dicho, es un simple medio extraordinario para la cobertura de las vacantes producidas de Junta a Junta, encierra en realidad un sistema de elección de los administradores por el propio Consejo para que los designados sean ratificados posteriormente por la Junta general. Cabe decir, desde esta perspectiva, que tras este sistema se esconde una especie de facultad de propuesta más general a la Junta que los administradores se atribuyen, dado que, de hecho, la Junta general se limita –salvo casos excepcionales– a ratificar las propuestas de designación efectuadas por el propio Consejo”.

¹²²² Según dispone el artículo 10 del RESE. Este artículo establece el principio de igualdad de trato de las SE con las sociedades anónimas nacionales. Principio al que también se hace referencia en el Considerando quinto del RESE, que literalmente dice: “los Estados miembros tienen la obligación de garantizar que ninguna de las disposiciones aplicables a las SE en virtud del presente Reglamento entrañe discriminaciones derivadas de un tratamiento injustificadamente distinto de una SE con respecto a las sociedades anónimas...”.

¹²²³ En efecto según lo dispuesto en el artículo 9.1.c) i) del RESE las materias no reguladas por el RESE o reguladas sólo en parte se regirán, respecto de los aspectos no cubiertos, por las disposiciones, que para la aplicación de las medidas contenidas en el RESE, se adopten específicamente para las SE.

¹²²⁴ En efecto, el artículo 328 del TRLSA (actual artículo 477 de la Ley de Sociedades de Capital) contiene una remisión expresa a lo establecido en nuestra Ley de Sociedades de Capital para los administradores de nuestras sociedades anónimas.

¹²²⁵ A tenor de lo previsto en el artículo 9.1. c) ii) del RESE, a falta de regulación en el Reglamento y de disposiciones específicas adoptadas para la SE por los legisladores de los Estados miembros, se aplicarán las disposiciones reguladoras de las sociedades anónimas nacionales

Una tercera excepción, expresamente prevista en el artículo 43.3 del RESE, es la relativa a la participación de los trabajadores en virtud de la Directiva 2001/86/CE, en los casos en que la incorporación de dicha Directiva al Derecho nacional suponga que una parte de los miembros del órgano de administración del sistema monista accedan a dicho órgano en representación de los trabajadores¹²²⁶. La Directiva prevé además otras posibilidades de participación de los trabajadores, como son el derecho de recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración¹²²⁷.

El RESE, tal y como he analizado en los párrafos precedentes, se limita a regular la atribución de la competencia a efectos del nombramiento de los miembros del órgano de administración del sistema monista, pero no regula ningún otro aspecto relativo a esta materia; por tanto según el sistema de fuentes y de acuerdo con lo preceptuado en la Ley 19/2005, para las SE que decidan establecer su domicilio en España será de aplicación lo previsto a estos efectos, tanto en nuestra Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital)¹²²⁸, como en el Reglamento del Registro Mercantil¹²²⁹. Debo señalar, también, que las normas comunes a ambos sistemas de administración (que serán objeto de estudio más adelante) hacen referencia a algunos aspectos relativos al nombramiento, pero su regulación se basa en el reenvío a la legislación del Estado miembro del domicilio de la SE¹²³⁰.

Resulta, también, interesante valorar, en relación con las SE que se establezcan en nuestro territorio, la posibilidad de utilización, por parte de éstas, de la vía que abre el Reglamento del Registro Mercantil y nuestra reciente Ley de Sociedades de Capital en torno al nombramiento de administradores suplentes¹²³¹. Considero que, teniendo en cuenta que el

¹²²⁶ La excepción está más bien pensada para los países con cogestión en el sistema dual, a efectos de que mantengan ese nivel de representación en el sistema monista, porque lo contrario, que legislaciones nacionales con sistema monista y sin cogestión habiliten esa modalidad de implicación de los trabajadores en el futuro, no es previsible ni para las sociedades nacionales ni para las SE, con independencia de las opciones de estructura. QUIJANO GONZÁLEZ, J. “El sistema monista”, ya cit., pág. 632.

¹²²⁷ Según lo dispuesto en los artículos 2.k) y 4.2.g) de la Directiva. El artículo 2.k) define el término participación como “la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores”, considerando que puede entenderse como participación “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” y el artículo 4.2.g) establece que, en el contenido del acuerdo de implicación, deberá determinarse, en su caso, sobre qué número de miembros del órgano de administración o control de la SE, podrán ejercitar los trabajadores sus derechos en cuanto a la recomendación u oposición en su designación.

¹²²⁸ Por tanto, habrá que tener en cuenta lo previsto en los artículos 123, 124 y 125 del TRLSA (actuales artículos 212, 213, 214, 215 y 216 –relativo al nombramiento de administradores suplentes– de la Ley de Sociedades de Capital). Estos artículos hacen referencia a los requisitos y prohibiciones que afectan al nombramiento, así como a la aceptación e inscripción del mismo. Además, la Ley 25/2011, de 1 de agosto por la que se reforma parcialmente la Ley de Sociedades de Capital, ha añadido un nuevo artículo, el 212 bis, relativo al administrador persona jurídica.

¹²²⁹ Concretamente a los artículos 138 y ss., relativos a los administradores de la sociedad anónima. Interpretando, la referencia hecha en el artículo 9 del RESE a “las disposiciones legales de los Estados miembros”, en sentido amplio, entendiendo comprendida en tal expresión el conjunto de normas que regulan en nuestro país las sociedades anónimas, con independencia de que dichas normas tengan base legal o reglamentaria.

¹²³⁰ Tal es el caso del artículo 47 del RESE que hace referencia a la posibilidad de que estatutariamente, siempre y cuando la legislación del Estado miembro del domicilio de la SE lo permita para sus sociedades anónimas nacionales, se estipule que una “sociedad u otra entidad jurídica” pueda ser nombrada miembro de los órganos de la SE; regula también, los requisitos negativos o prohibiciones y los requisitos positivos o condiciones particulares para el nombramiento, por referencia a la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SE; además establece el respeto a los derechos que las respectivas legislaciones nacionales puedan otorgar a las minorías de accionistas o a otras personas o autoridades, a efectos del nombramiento de una parte de los miembros de los órganos.

¹²³¹ En efecto, a tenor de lo previsto en los artículos 147.2 del Reglamento del Registro Mercantil y 216 de la Ley de Sociedades de Capital, dejando a salvo la posibilidad de que los estatutos dispongan lo contrario, se podrán nombrar uno o varios suplentes para el supuesto en que cesen uno o varios

propio RESE establece el principio de igualdad de trato con las sociedades nacionales¹²³², tal posibilidad sería factible (incluso con anterioridad a la regulación de esta figura por la actual Ley de Sociedades de Capital), dejando a salvo, claro está, que el artículo del Reglamento del Registro Mercantil que regula los administradores suplentes tiene base reglamentaria y no legal, por lo que en puridad de términos no entraría dentro del concepto “legislación del Estado miembro” al que hace referencia el RESE, salvo que hagamos una amplia interpretación que nos lleve a considerar que la referencia hecha por el RESE a la “legislación del Estado miembro”, lo es al total ordenamiento jurídico societario de éste, en el que estarán comprendidas, tanto las normas de base legal, como reglamentaria. Si bien, nuestra reciente Ley de Sociedades de Capital ha procedido a la regulación del nombramiento de administradores suplentes y por tanto, dicha posibilidad tiene ya base legal¹²³³.

Finalmente debo mencionar, en cuanto a esta materia, la influencia que, sobre todo en las sociedades cotizadas, pueden tener las recomendaciones de gobierno corporativo, tanto en cuanto a la condición subjetiva de los miembros del órgano, como al procedimiento para su designación¹²³⁴. Igualmente, cabe destacar también, que en las sociedades anónimas

administradores o, incluso, todos ellos. A efectos de la inscripción de estos nombramientos se deberá hacer constar la identidad de los suplentes y si fueran varios los así designados, el orden en que habrán de cubrir las vacantes que puedan producirse; además, no podrá practicarse la inscripción hasta que no coste la aceptación de los suplentes como tales. Los suplentes adquirirán la condición de administrador cuando se produzca el cese del titular al que han de sustituir, en cuyo caso se inscribirá su nombramiento y aceptación como administradores en el Registro Mercantil; el administrador suplente desempeñará el cargo por el período pendiente de cumplir por la persona cuya vacante cubra. Véase, en relación con el nombramiento de suplentes, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 85-86. En todo caso, la designación de consejeros suplentes puede combinarse con la facultad de cooptación, cuya aplicación sería subsidiaria de la anterior en los casos de haberse agotado el número de suplentes. Véase en éste sentido POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 420; SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores (artículos 123 a 143)”, ya cit., pág. 396.

¹²³² Por mandato expreso del artículo 10 del RESE “la SE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social”. Una disposición similar se contiene en el Considerando quinto de dicho texto legal.

¹²³³ Tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G., “La administración de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 36, 2011-1, pág. 155, “en el derecho previgente a la refundición sólo se preveía con carácter general la posibilidad de nombramiento de administradores suplentes en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (artículo 59). En la Ley de Sociedades Anónimas sólo existía tal posibilidad en el supuesto especial de nombramiento por el sistema de representación proporcional. Con la Ley de Sociedades de Capital se generaliza el régimen de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada a ambos tipos societarios en el artículo 216. En verdad la extensión de la norma de limitadas se había producido ya en virtud de lo dispuesto en el artículo 147.2 del Reglamento del Registro Mercantil. Ahora la normativa tiene rango legal en virtud de dicha generalización de la previsión de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”.

¹²³⁴ Véase QUIJANO GONZÁLEZ, J. “El sistema monista”, ya cit., págs. 633-634.

El apartado 4.2.2.1 del Informe Olivencia, relativo al Consejo de administración, hace referencia a la figura del consejero independiente “cuya función primordial consiste en hacer valer ante el consejo los intereses del capital flotante”; el apartado 4.2.2.2, al establecimiento de distintos grupos de consejeros en orden a establecer un equilibrio que evite “que el proceso de toma de decisiones se concentre en manos de una sola persona o de un pequeño grupo de personas” y dentro del grupo de consejeros externos establece una distinción entre los independientes y los dominicales, los primeros son personas de alta cualificación profesional (sean o no accionistas) que están llamados a representar los intereses del capital flotante, y los segundos “son los que acceden al consejo por ser titulares o representar a los titulares de paquetes accionariales de la compañía con capacidad de influir por sí solos, o por acuerdos con otros, en el control de la sociedad” y por tanto, están vinculados al accionista o grupo de accionistas de control. En cuanto a la designación de consejeros, aún reconociendo, como no podía ser de otra forma, que “la competencia legal para la designación de consejeros recae sobre la Junta general de accionistas”, atribuye un especial protagonismo a la Comisión de nombramientos que será la encargada de “velar por la integridad del proceso de designación de consejeros”, a cuyo efecto propone encomendarle funciones relativas a formular y revisar los criterios que deben seguirse para la composición del Consejo de administración y la selección de candidatos; elevar al consejo las propuestas de nombramientos de consejeros, para que este proceda directamente a designarlos

cotizadas españolas son los directivos, los consejeros delegados los que en la práctica se encargan de la gestión y administración de la sociedad y el Consejo se dedica, fundamentalmente, a legitimar la actividad de éstos mediante la aprobación de las líneas estratégicas de su actuación, a mayor abundamiento el mecanismo de cooptación se viene a convertir en estas grandes sociedades en la forma habitual de nombramiento de consejeros, quedando reducida la función de la Junta general a la ratificación de los nombramientos efectuados por el propio Consejo¹²³⁵.

En cuanto a la revocación de los miembros del órgano de administración del sistema monista, debo decir que este tema no es abordado por el RESE¹²³⁶, por lo que, una vez más, en virtud del sistema de fuentes del RESE y de lo preceptuado en la Ley 19/2005, habrá que acudir a nuestra legislación sobre las sociedades anónimas¹²³⁷ para solventar este asunto

(cooptación) o las haga suyas para someterlas a la decisión de la Junta; proponer al consejo los miembros que hayan de formar parte de cada una de las comisiones” (4.2.5.1). El informe Olivencia puede consultarse en la siguiente pág. web: http://www.etnor.org/html/pdf/pub_olivencia.pdf.

¹²³⁵ Véase MARTÍ LACALLE, R., “El ejercicio de las competencias de los órganos sociales en las sociedades anónimas cotizadas”, ya cit., págs. 113-115. Concretamente en las págs. 115-116, esta autora recoge “el absentismo de los pequeños inversores provoca la inactividad de la Junta... generándose un vacío de poder que es asumido fácticamente por el Consejo de administración, y en especial por los directivos que pasan a actuar sin estar sometidos a control orgánico alguno. Ante la pérdida de función de la Junta sus competencias materialmente se desdibujan. Más que un conflicto, interpretado como «lucha» entre órganos – Junta frente a órgano de administración–, lo que se produce es una asunción de competencias por parte del órgano de administración por dejación de las mismas por parte de la Junta. En consecuencia, formalmente se conservan las competencias de la Junta general pero materialmente no se ejercitan, entre otras razones, por la actitud pasiva de los socios. En las sociedades cotizadas, la Junta general, lejos de ser el órgano soberano que pretende la Ley, obedece en mayor o menor medida a los dictados del Consejo de administración ratificando en la práctica su actuación. En este sentido, se puede llegar a plantear si hay «sustitución» e incluso «usurpación» de competencias de la Junta por parte del Consejo, amparada por un uso delegado de voto del accionista, en la medida en que sólo hay un órgano que funciona y ejercita materialmente las competencias de la Junta con el consentimiento tácito de ésta”.

¹²³⁶ Por el contrario, el artículo 39.2 del RESE, sí hace mención a la revocación de los miembros del órgano de dirección en el sistema dual, aunque también omite este tema al regular el órgano de control (artículo 40.2 del RESE). En opinión de QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El sistema monista”, ya cit., pág. 634, “la explicación puede estar en la mayor pluralidad de procedencias posibles (Junta general, estatutos, minorías, autoridades, trabajadores), tanto en el órgano de control del sistema dual como en el órgano de administración del sistema monista, frente a lo que sucede en el órgano de dirección, lo que hubiera provocado problemas de coherencia en caso de asimilación sistemática entre nombramiento y revocación”.

¹²³⁷ Concretamente, a lo estipulado en los artículos 223.1 y 224 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 131 y 132 de la Ley de Sociedades Anónimas). Los administradores podrán ser separados por la Junta general en cualquier momento, sin que sea preciso que este extremo se haga constar en el orden del día (esta última precisión se ha añadido por la Ley de Sociedades de Capital, puesto que el antiguo artículo 131 no contenía referencia alguna en cuanto al orden del día), en cualquier forma se venía admitiendo mayoritariamente que, al decir el artículo 131 (actual artículo 223.1 de la Ley de Sociedades de Capital) que la separación podía ser acordada “en cualquier momento” por la Junta general, no era necesaria dicha inclusión en el orden del día; contiene este artículo una norma de Derecho imperativo, se trata de una revocabilidad *ad nutum* de los administradores por la Junta general. En palabras de SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 126: “la existencia de la revocabilidad directa por medio de un acuerdo de la Junta general ha de entenderse, por consiguiente, como un procedimiento para exigir en todo momento que las personas nombradas como administradores de la sociedad desplieguen, a juicio de la Junta, toda la actividad precisa para la consecución del objeto social, conforme a los criterios de los accionista que constituyan la mayoría de la Junta general de la sociedad”. El artículo 224.1 (antiguo artículo 132.1 del TRLSA) formula, de forma terminante, una obligación de destitución de los administradores que estuvieran incurso en alguna prohibición legal, bien originariamente o como consecuencia de alguna causa sobrevenida; para la separación de los administradores (dejando a salvo los casos de fallecimiento, dimisión o declaración judicial –artículos 147 y 148 b) del Reglamento del Registro Mercantil–) se requiere acuerdo de la Junta general pero cualquier accionista (basta la posesión de una acción) podrá pedir la destitución del administrador incurso en causa de prohibición, e igualmente, podrá solicitar la convocatoria judicial de Junta en el supuesto de que no fuera atendida su petición; una vez reunida la Junta y habiendo deliberado sobre la existencia de la prohibición si efectivamente se constata dicha prohibición, se deberá acordar la separación del administrador incurso en la misma. El artículo 224.2 (antiguo artículo 132.2 del

como regla general, sin perjuicio del debate que se abre en torno a la revocación como consecuencia de la diversa procedencia de los miembros en función de su nombramiento¹²³⁸. También deberemos tener en cuenta, en su caso, las normas propias que incorporen recomendaciones de buen gobierno en temas relacionados con la revocación¹²³⁹.

Sentado el principio de que la revocación de los administradores es una facultad reservada por nuestra Ley de Sociedades de Capital a la Junta general y teniendo en cuenta que lo previsto dicha Ley, será de aplicación a los miembros del órgano de administración de las SE que decidan establecerse en España y opten por el sistema monista, tanto porque

TRLSA) hace referencia a otro supuesto especial de separación de los administradores al establecer que los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad (se está haciendo referencia a la existencia de un conflicto de intereses entre los del administrador –ya sean estos propios o de un tercero por cuya cuenta actúa- y los de la sociedad) , cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la Junta general, este precepto debe de ponerse en relación con los deberes de fidelidad y lealtad. Según recoge SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 154-155: ”el acuerdo de la Junta general de destituir al administrador en conflicto de intereses no podrá impugnarse por razones de fondo... La situación es diversa si el acuerdo de la Junta general es contrario a la destitución de los administradores existiendo un claro perjuicio para los intereses sociales con la prueba necesaria de tal perjuicio... el juez o tribunal podrá declarar la nulidad del acuerdo contrario a la destitución en cuanto infringe lo previsto por la Ley”.

¹²³⁸ Lo cierto es que parece que se da una discordancia entre el derecho que corresponde a las minorías para designar a alguno de los miembros del Consejo de administración y la facultad de separación que corresponde *ad nutum* a la Junta general, es por lo que nuestra más autorizada doctrina aconseja que la facultad de la Junta general se limite a los supuestos en que exista justa causa, evitando, de esta forma, que la facultad que se concede a los accionistas agrupados por la ley se convierta en un espejismo si se permite a la mayoría destituir a su arbitrio a los recién nombrados. Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 517. En este mismo sentido se pronuncia POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 227, donde señala que “para evitar la inamovilidad en su cargo de estos consejeros e impedir asimismo el posible abuso de la minoría manteniendo en el consejo a administradores desleales o manifiestamente ineficaces, haya que mantener paralelamente que lo único que cede ante el derecho de la minoría es el carácter *ad nutum* de la separación, de tal manera que conservando la Junta su facultad de revocación, la adopción del acuerdo vendrá condicionada a la existencia de una justa causa para la destitución del administrador minoritario...”.

¹²³⁹ El apartado 4.2.5.5 del informe Olivencia alude a la oportunidad de que las compañías incluyan en su normativa interna causas estatutarias de cese o por lo menos ciertas obligaciones de dimitir, en supuestos que puedan afectar negativamente al funcionamiento del Consejo, e incluso al crédito y reputación de la sociedad en el mercado. Adicionalmente los deberes de lealtad que pesan sobre el consejero le obligan a dimitir siempre y cuando su permanencia en el Consejo pueda poner en riesgo los intereses de la sociedad o cuando desaparezcan las razones por las que fue nombrado (p. ej. cuando un consejero dominical se deshace de su participación en la compañía o un consejero independiente se integra en la línea ejecutiva. Finalmente, respecto al límite de edad parece aconsejable establecer un límite prudencial de la edad de retiro, que podría ser de sesenta y cinco a setenta años, para los consejeros ejecutivos y para el Presidente, y más flexible para el resto. Estas reflexiones constituyen las recomendaciones 12 y 13 del Código. El informe Olivencia puede consultarse en la siguiente pág. web: http://www.etnor.org/html/pdf/pub_olivencia.pdf.

Por otra parte, el artículo 24 del reglamento tipo elaborado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores hace referencia al cese de consejeros, bien por trascurso del tiempo para el que fueron nombrados, bien porque así lo decida la Junta general, o “el Consejo de administración en uso de las atribuciones que tiene conferidas legal o estatutariamente”; en cuanto a este último supuesto hay que puntualizar que el Consejo de administración carece de facultades decisorias, cierto es que tiene facultades para proponer o, en su caso, para nombrar algunos de sus miembros por cooptación y con carácter provisional, a efectos de cubrir las vacantes que puedan producirse, pero no dispone de competencia para el cese de sus miembros, por tanto este último supuesto extralimita las competencias del Consejo interfiriendo en las de la Junta general.

Respecto al apartado 2 del citado artículo 24 del reglamento tipo, sobre las obligaciones de dimisión que pesan sobre los consejeros en los supuestos de la recomendación número 13 del Código Olivencia, cabe preguntarse si ante la falta de regulación estatutaria la Junta general debería de sentirse vinculada por un reglamento interno de funcionamiento del Consejo, que recogiera la obligación de dimitir en los supuestos mencionados por el artículo 24.2. La contestación deberá ser negativa; en todo caso, el Consejo podrá proponer, para su deliberación en Junta, la remoción del administrador, pero no podrán imponerle unas determinadas causas de dimisión. MARTÍ LACALLE, R., “El ejercicio de las competencias de los órganos sociales en las sociedades anónimas cotizadas”, ya cit., págs. 151-153.

el RESE guarda silencio sobre este tema, como porque nuestro legislador se ha remitido expresamente, para la regulación del órgano de administración del sistema monista, a lo establecido para los administradores de las sociedades anónimas nacionales; cabe contemplar la posibilidad de que sean los propios administradores los que presenten su dimisión.

La dimisión o renuncia de los administradores es una declaración de voluntad unilateral que no producirá efectos hasta que no se notifique a la sociedad, ahora bien, una vez notificada, la renuncia será válida y la sociedad no podrá oponerse. A tal efecto el Reglamento del Registro Mercantil exige el cumplimiento de determinadas formalidades, como son la notificación fehaciente a la sociedad o la constancia en el acta de dicha dimisión (bien porque el consejero asistió a la reunión y presentó su dimisión en dicho acto o bien porque solicitó por escrito que se hiciera constar su dimisión en acta). El Registro Mercantil inscribirá la dimisión en virtud del escrito de renuncia del administrador, siempre que acredite fehacientemente que lo ha notificado a la sociedad o mediante certificación de la Junta general o del Consejo de administración con firmas legitimadas notarialmente, en la que se haga constar la presentación de dicha renuncia; además, deberá hacerse constar la fecha en que se ha producido la dimisión. Cumplidos los requisitos indicados el registro inscribirá la dimisión retrotrayéndose los efectos del cese del administrador al momento en que la sociedad tenga conocimiento de la dimisión¹²⁴⁰.

5. FUNCIONES Y COMPETENCIAS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

El RESE establece que “el órgano de administración asumirá la gestión de la SE”¹²⁴¹. En consecuencia, conviene examinar el alcance del término “gestión” en el sistema monista¹²⁴².

¹²⁴⁰ A tenor de lo previsto en el artículo 147 del Reglamento del Registro mercantil. Además, debo añadir que no será válida la renuncia de todos los consejeros, en tanto no se haya acordado convocar la Junta general para el nombramiento de nuevos miembros, dada la necesidad de que exista un órgano de administración. En cuanto a la dimisión o renuncia de los administradores, véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 155-156 y 490-491. En igual sentido se pronuncia POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 243-244, donde señala que “...en el caso de dimisión de todos los administradores su renuncia no podrá tener efecto hasta su sustitución..., sólo en el caso de que el Consejo de administración o la Junta general, según quien sea el receptor de la dimisión, no adopte el acuerdo de nombrar sustitutos cuando sean necesarios para la estabilidad y funcionamiento del órgano administrativo –no tome las disposiciones necesarias– podrá tener eficacia el conocimiento de la dimisión”.

¹²⁴¹ Según lo dispuesto en el artículo 43.1. del RESE. En opinión de MORILLAS JARILLO, M. J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, ya cit., pág. 73, el hecho de que el párrafo primero del artículo 43 del RESE asevere que “el órgano de administración asumirá la gestión de la SE” constituye una premisa que no deja lugar a dudas en cuanto a la atribución del poder de representación orgánica al órgano de administración, toda vez que la función de gestionar la entidad societaria se traduce, como es notorio, en la necesaria realización de actos de muy diversa naturaleza que, recayendo con carácter general sobre un mismo patrimonio, tienden hacia una misma finalidad; a saber, la consecución y desarrollo del objeto social establecido en los estatutos. Es por ello que, junto a las facultades gestoras de naturaleza económica y societaria, debemos entender incluidas aquellas otras facultades que permiten a los administradores representar a la sociedad concreta en el tráfico económico. Sin embargo, esta diferenciación de actividades no debe radicalizarse al punto de considerarlas totalmente diferentes, pues constituyen dos manifestaciones de una misma realidad que refiere en todo caso la administración social”.

¹²⁴² El RESE al referirse al órgano de dirección del sistema dual (artículo 39.1) emplea el término “será responsable”. El sentido de la utilización de esta diferente terminología debe de buscarse en el hecho de la existencia de dos órganos con funciones claramente diferenciadas en el sistema dual, en el que la gestión directa corresponde netamente al órgano de dirección; de ahí el énfasis que trata de conseguir en cuanto a la

Para una correcta interpretación se debe de emplear un criterio abierto, en el sentido de entenderlo referido, tanto a la gestión interna (organización funcional y administrativa de la sociedad), como a la externa (toma de decisiones y representación en juicio y fuera de él). Ahora bien, de la normativa del RESE no se desprende ningún criterio que sirva para fijar las facultades concretas que se le atribuyen al órgano de administración, por lo que en función de lo establecido en el sistema de fuentes¹²⁴³ habrá que acudir a la normativa nacional.

Así, para las SE que decidan establecerse en España será de aplicación el régimen previsto a estos efectos para las sociedades anónimas españolas, de acuerdo con las pautas jurisprudenciales y doctrinales. Sin embargo, ningún precepto de nuestra antigua Ley de Sociedades Anónimas atribuía la gestión de la sociedad, de forma clara y concluyente, a los administradores, dicha competencia se podía deducir de la lectura de varios artículos de la Ley. Como afirmaba la doctrina, aún cuando no existía tal cláusula general de atribución de competencias, podía entenderse que la administración de la sociedad correspondía a los administradores, pudiendo éstos realizar todos aquellos actos necesarios o convenientes para la consecución del objeto y fin social¹²⁴⁴.

La nueva Ley de Sociedades de Capital sí contiene un pronunciamiento expreso en este sentido, puesto que establece que “es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta Ley”¹²⁴⁵; sin embargo no enumera cuales son las funciones que, en orden al desarrollo de la gestión encomendada,

atribución de dicha materia, mediante la utilización del término “será responsable”. Véase QUIJANO GONZÁLEZ, J. “El sistema monista”, ya cit., pág. 626.

¹²⁴³ Efectivamente, según lo dispuesto en el artículo 9.1.c) del RESE las materias que no estén reguladas en el Reglamento o las reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos, se regirán por las disposiciones adoptadas por los legisladores de los Estados miembros *ad hoc* para las SE y en su defecto por las disposiciones que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales.

¹²⁴⁴ FERRANDO VILLALVA, M. L., “El sistema monista de administración de la Sociedad Europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 351. En este mismo sentido QUIJANO GONZÁLEZ, J. “El sistema monista”, ya cit., págs. 626-627, recoge: “de manera que el desarrollo del objeto social, las decisiones relacionadas con el funcionamiento y organización de la sociedad, con el ejercicio de los derechos de los socios, con la protección de los intereses de acreedores, inversores, etc., forman parte natural del ámbito competencial ordinariamente reconocido, a menudo con el doble componente facultad-deber con que suelen aparecer las atribuciones de los administradores”; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 41, donde señala: “...se dice que ha de estimarse que los administradores, siendo un órgano necesario de la sociedad, tienen precisamente un ámbito de competencia general, ya que ha de poder realizar todos aquellos actos precisos para alcanzar el objeto social”; véanse, también, las págs. 480-481, donde el mencionado autor hace referencia a la competencia del Consejo de administración, indicando que “la competencia del Consejo de administración es precisamente la de tener confiada la administración de la sociedad, como dice el artículo 136. Y aún cuando la competencia de los órganos sociales viene delimitada, como ya se dijo, por la Ley, es lo cierto que respetando ésta puede y debe perfilarse tal competencia en los estatutos sociales. Sin perjuicio de la delimitación que hagan éstos, puede afirmarse, que corresponde al Consejo de administración el poder de gestión de la sociedad para la realización de todos los actos precisos para el desarrollo del objeto social, constituyendo éste en principio un límite a esa actividad. Poder de gestión que se concreta también en la facultad de manifestar la voluntad social frente a terceros en nombre de la sociedad, a través del poder de representación... Junto a estas facultades propias del órgano de administración, le corresponden al Consejo respecto a la actuación de la Junta general un poder de iniciativa, en cuanto que tiene atribuida por la Ley la facultad de convocarla e incluso de preparar los acuerdos que se han de deliberar y adoptar en ella, así como la de ejecutar los acuerdos de la Junta, de la cual puede obtener ciertas delegaciones”.

¹²⁴⁵ En este sentido, ESTEBAN VELASCO, G., “La administración de las sociedades de capital”, ya cit., pág. 153, manifiesta que “por primera vez en nuestro ordenamiento de las sociedades de capital se formula de forma expresa y conjunta la atribución a los administradores de las tareas de gestión y representación. Esta regla general se desprendía de lo establecido en los artículos 9, letra h) y 128 de la Ley de sociedades anónimas y en los artículos 57.1 y 62.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Ahora bien, más allá de esta clarificadora declaración legal, en la determinación de su contenido resulta inevitable partir de los datos normativos concretos de esta ley, tanto en los aspectos comunes, como en los específicos de cada tipo societario y a su luz reconstruir el sistema de reparto de competencias entre administradores y Junta general, y en especial las competencias que incumben al órgano de administración”.

competen a los administradores¹²⁴⁶, y por tanto, tal y como ya he recogido en párrafos precedentes, habrá que recurrir a las clasificaciones elaboradas por la doctrina que hace una distinción entre administración-gestión (esfera interna) y representación (esfera externa).

Entre las competencias de gestión encontramos las de organización que, según algunos autores, constituyen el “gobierno o iniciativa institucional” o la “gestión societaria”; este tipo de competencias son las relacionadas con el funcionamiento de la sociedad y con la tutela de los intereses de los acreedores sociales y de los terceros en general¹²⁴⁷; y las de gestión en sentido estricto o “gestión empresarial” que comprenderán cuantos actos sean necesarios o convenientes para el desarrollo y cumplimiento del objeto social¹²⁴⁸.

Por tanto, el desarrollo del objeto social, la toma de decisiones respecto al funcionamiento y organización de la sociedad, la protección del ejercicio de los derechos de los socios y de los intereses de los acreedores, inversores, etc., formarán parte de las

¹²⁴⁶ En efecto, en el artículo 209 de la Ley de Sociedades de Capital se establece que la gestión y la gestión de la sociedad es competencia de los administradores, pero no contiene ningún listado de competencias de forma semejante a como lo hace el artículo 160, que se ocupa de regular la competencia de la Junta general (a pesar de lo cual, debo decir que el artículo 160 no contiene un listado completo de las competencias de la Junta y en consecuencia, en el apartado i) de dicho listado, se hace una referencia de carácter genérico a “cualesquiera otros asuntos que determinen la Ley o los estatutos”). Por tanto, nuestra Ley de Sociedades de Capital se ha limitado a determinar que la gestión y la representación de la sociedad es competencia de los administradores pero no ha elaborado ninguna lista con las actividades integrantes de la gestión.

¹²⁴⁷ BOOQUERA MATARREDONA, J. y LATORRE CHINER, N., “Distribución y conflictos de competencias en la sociedad anónima no cotizada”, ya cit., págs. 48-53, consideran que en estas competencias de organización societaria “destaca la condición de los administradores como órgano de la sociedad y vienen atribuidas normalmente por Ley”. Las califican en cuatro grupos: 1. Las de tipo contable-financiero en las que se incluirá, además de las funciones atinentes a las cuentas anuales, las relativas a la elaboración de informes contables y todas aquellas que, de un modo u otro, velan por la integridad del patrimonio social; 2. Las de información y publicidad que conforman un grupo importante dentro de la labor de los administradores, a éstos compete el deber de informar a los socios y a terceros a través del mecanismo de la publicidad en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, compete también al órgano de administración informar a los socios sobre los asuntos comprendidos en el orden del día, publicar en el Boletín Oficial del Registro Mercantil la suscripción incompleta en los aumentos de capital, el depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil; 3. Las de documentación en las que, además de las estrictamente documentales, se incluyen las que tienen que ver con la llevanza y custodia de libros, las relativas a la organización interna, la de suscribir los títulos representativos de las acciones, la de llevar el libro registro de acciones nominativas e inscribir en él las transmisiones de acciones y la custodia de derechos reales sobre las mismas, la de documentar las discusiones y acuerdos del Consejo, la de certificar la no separación de los socios en los casos permitidos por la Ley, la de dar nueva redacción a los estatutos para reflejar el aumento de capital, la certificar y elevar a público los acuerdos sociales; 4. Las que afecten a las relaciones interorgánicas consistentes en mantener unas relaciones adecuadas tanto con la Junta general como con los auditores de cuentas y expertos independientes, debiendo hacer todo lo necesario para que la voluntad de la Junta se traduzca en concretos actos y operaciones societarias. En este sentido le compete al órgano de administración convocar las reuniones, velar por su normal desarrollo, ejecutar los acuerdos adoptados. Por último hacen referencia a un grupo de competencias que tienen difícil encaje en los ya citados, se trata de competencias que pueden considerarse como “cedidas”, a efectos de otorgar mayor agilidad y rapidez en la toma de decisiones, por la Junta general, entre las que se encontrarían el nombramiento por cooptación, el cambio de domicilio social dentro del mismo término municipal, el acuerdo sobre la distribución de los dividendos a cuenta.

¹²⁴⁸ En este sentido SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 44-45, señala: “...la actuación de los administradores se orienta fundamentalmente en dos direcciones: la primera de ellas hace referencia al cuidado de modo permanente de la gestión de la sociedad, en sentido estricto, que va dirigida al desarrollo de su objeto social, lo que en su vertiente externa –esto es, en la relación con los terceros– lleva consigo la titularidad de la representación social. Aspecto éste de la actuación de los administradores que se refiere, en definitiva, al cuidado de la gestión de la empresa que constituye la actividad de la sociedad, la cual se ha de concretar en un conjunto de actos que han de tener influencia en el patrimonio social; de forma que, desde esta perspectiva, puede decirse que el patrimonio de la sociedad es el objeto de la administración. La segunda dirección de la actividad de los administradores va dirigida a la organización de la vida de la sociedad, de modo especial al funcionamiento de la sociedad (en particular, al de los otros órganos sociales) y al respeto de los derechos individuales de los accionistas”.

facultades y en cierta forma deberes, que son propios de la esfera competencial de los administradores de las sociedades anónimas españolas¹²⁴⁹.

Con carácter general, dentro de las competencias gestoras del órgano de administración se encontrarán incluidos no sólo los actos necesarios o convenientes para la ejecución o desarrollo del objeto social de forma directa o indirecta así como los complementarios o auxiliares para ello, sino también, los actos neutros o polivalentes¹²⁵⁰ e incluso los actos aparentemente no conectados con el objeto social¹²⁵¹, quedando excluidos en principio del ejercicio de poder de representación los claramente contrarios al objeto¹²⁵².

Nuestra Ley de Sociedades de Capital regula la atribución¹²⁵³ y el ámbito del poder de representación¹²⁵⁴ pero guarda silencio en cuanto a las facultades y competencias que

¹²⁴⁹ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El sistema monista”, ya cit., págs. 626-627. Por su parte el profesor ESTEBAN VELASCO G., “Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea”, ya cit., pág. 87, hace una descripción del ámbito competencial del órgano de administración en nuestra legislación societaria y distingue, de acuerdo con las pautas jurisprudenciales y doctrinales, los aspectos empresariales y organizativo-societarios. Considera, además, que al emplear el RESE (artículo 43.1) “una fórmula tradicional y en términos tan generales y abiertos, con escasas normas comunitarias, el principal referente normativo en el caso de ordenamientos nacionales con sistema monista (como es el caso de España) será el del propio país (artículo 9.1.c) del RESE”.

¹²⁵⁰ Véase, en este sentido, la RDGRN de 2 de octubre de 1981 (RJ 1981/4081 de Aranzadi), BOE número 251, de 20 de octubre, que en el considerando noveno hace referencia a los denominados por la doctrina “actos neutros en donde normalmente no es factible establecer a priori si un determinado acto en su contenido concreto, es o no instrumento idóneo para el cumplimiento de la actividad por la que se alcanza el objeto social” y en el considerando décimo recoge textualmente “... ya que por anticipado es imposible prevenir en unos estatutos todos los actos que pueden ser necesarios para el logro del objeto social, y tampoco el criterio cuantitativo delimita en términos absolutos esta cuestión, por todo lo cual y teniendo en cuenta... que las normas se han de interpretar con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo a su espíritu y finalidad y que esta realidad nos muestra una universal tendencia a proteger el tráfico mercantil, lo que unido, a que como ya se ha indicado no es la clase de acto en si mismo lo que ha de tenerse en cuenta para saber si está o no comprendido dentro del ámbito del giro o tráfico de la empresa, hay que concluir que ponderados todos los factores, y salvo que el acto sea claramente contrario al objeto social, habrá en principio que procederse a su inscripción”. En términos similares se expresa la RDGRN de 12 de mayo de 1989 (RJ 1989/4003 de Aranzadi), BOE número 158, de 4 de julio, que en el fundamento de derecho cuarto recoge: “resulta de todo ello, que el consejero delegado se halla expresamente facultado para constituir garantías reales... y a este respecto debe recordarse la reiterada doctrina de este Centro que para los actos denominados neutros dispone su inscripción, salvo contradicción clara con el objeto social...”.

¹²⁵¹ En este sentido se pronuncian, entre otras, las STS de 14 de mayo de 1984 (RJ 1984/2411 de Aranzadi) y de 24 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7903 de Aranzadi), y las RDGRN de 1 de julio de 1976 (RJ 1976/3482 de Aranzadi) y de 31 de marzo de 1986 (RJ 1986/1564 de Aranzadi). Tanto la jurisprudencia del TS, como las resoluciones de la DGRN incluyen en el ámbito del poder de representación de los administradores, no sólo los actos de desarrollo o ejecución del objeto social sea en forma directa o indirecta, y los complementarios o auxiliares para ello, sino también los neutros o polivalente y los aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos únicamente no los actos ajenos al objeto mismo sino los claramente contrarios a él, esto es, los contradictorios o denegatorios del mismo.

¹²⁵² Según se desprende de la RDGRN de 11 de marzo de 1992 (RJ 1992/2884 de Aranzadi), BOE número 109, de 6 de mayo, que en su fundamento de derecho quinto recoge en relación con los actos incluidos en el ámbito del poder de representación de los administradores “...quedando excluidos en principio del ejercicio del poder de representación los claramente contrarios al objeto”. En similares términos la RDGRN de 3 de octubre de 1994 (RJ 1994/7653 de Aranzadi), BOE número 266, de 7 de noviembre, que en el fundamento de derecho segundo recoge “...quedando excluidos únicamente no los actos ajenos al objeto mismo sino los claramente contrarios a él, esto es, los contradictorios o denegatorios del mismo”, y la de 10 de mayo de 1999 (RJ 1999/3256 de Aranzadi) BOE número 138 de 10 de junio, que también en el fundamento de derecho segundo señala que “...están incluidos en el ámbito de poder de representación de los administradores, no sólo los actos de desarrollo y ejecución del objeto ya sea de forma directa o indirecta y los complementarios o auxiliares para ello, sino también los neutros o polivalentes y los aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos únicamente los claramente contrarios a él, es decir, los contradictorios o denegatorios del mismo”.

¹²⁵³ Según lo previsto en el artículo 233 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 128 del TRLSA) la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos, además el apartado 2 de este artículo contiene una serie de reglas sobre la

corresponden al órgano de administración y aunque a lo largo de su articulado se establecen algunas normas administrativas y de gestión¹²⁵⁵, confía la regulación de este extremo a la autonomía de la voluntad expresada estatutariamente. Por tanto, teniendo en cuenta que nuestra legislación carece de un principio de asignación estricta o de tasación total, en cuanto a las atribuciones del órgano de administración, pero permite que estatutariamente se configuren dichas facultades y competencias, cabe la posibilidad de que por vía estatutaria se establezca que determinadas operaciones o actuaciones del órgano de administración se sometan a la previa autorización de la Junta general, produciéndose así una injerencia en las competencias gestoras.

Por otro lado, nuestra doctrina y jurisprudencia vienen admitiendo cláusulas estatutarias en virtud de las cuales ciertas decisiones, que pueden ser consideradas de

atribución del poder de representación, en función de la composición del órgano de administración, coincidente con los modelos recogidos en el artículo 124.1 del Reglamento del Registro Mercantil. Tal y como señala SÁNCHEZ RUS, H., “Objeto social y poder de representación en la sociedad anónima”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Paracuellos del Jarama (Madrid), 1996, pág. 2439, “la eficacia externa del poder de representación debe buscarse en el artículo 128 –actual artículo 233 de la Ley de Sociedades de Capital– (que atribuye a los administradores de forma genérica e ilimitada, la representación de la sociedad), y en el segundo párrafo del artículo 129 –actual artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital– (que contiene una excepción de oponibilidad perfectamente encuadrable dentro del segundo párrafo del número 1 del artículo de la Directiva), de forma que la sociedad en principio, queda siempre obligada por los actos de sus administradores estén o no incluidos en el objeto social”.

¹²⁵⁴ La referencia al objeto social, contenida en el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 129 del TRLSA), delimita el ámbito competencial interno del órgano de administración. La eficacia externa del objeto social, tal y como señala SÁNCHEZ RUS, H., “Objeto social y poder de representación en la sociedad anónima”, ya cit., pág. 2440, “ha de buscarse en el artículo 129.2 de la Ley (actual artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de capital), que, de conformidad con el artículo 9.1, segundo párrafo de la Directiva, debe ser interpretado como una norma que habilita a la sociedad para impugnar los actos de los administradores cuando concurran los presupuestos para ello: extralimitación con relación al objeto social; prueba de la existencia de la mala fe o culpa grave en la conducta de la otra parte contratante”. La referencia hecha a la directiva, lo es concretamente a la Primera Directiva de 9 marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (68/151/CEE).

Según señala el profesor SÁNCHEZ CALERO, F., el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 129 del TRLSA) se ocupa del ámbito de representación; representación que se considera como orgánica o institucional en contraposición con la representación voluntaria. Los administradores son considerados por la ley como los verdaderos representantes de la sociedad, puesto que son los titulares de los órganos de la persona jurídica, a mayor abundamiento hay que destacar que el ámbito de representación de los titulares de este poder no viene determinado por la voluntad de la propia sociedad sino que es un poder tipificado legalmente, ya que a fin de proteger los intereses de los terceros que contratan con la sociedad, el ámbito del poder resulta típico e inderogable, de tal manera que las limitaciones que puedan establecerse entre los administradores y la sociedad, sobre la forma de gestión, sólo tendrán carácter interno, pudiendo determinar, en caso de infracción de los mismos, la destitución del administrador e incluso podrá dar lugar al nacimiento de la responsabilidad a su cargo. Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 214-215.

¹²⁵⁵ Así, por ejemplo, el artículo 253 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 171 del TRLSA) relativo a la obligación de los administradores de la sociedad a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados; los artículos 166, 167 y 168 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 94 y 100 del TRLSA) en cuanto a la facultad y obligación de convocatoria de Junta.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 41-42, dice: “se afirma, que los administradores de la sociedad anónima pueden tomar sus decisiones sobre todos los asuntos que no estén reservados por la Ley a la Junta general o a otro órgano. Por esto puede estimarse exacta la consideración de que mientras que la competencia de los administradores es general, la competencia de otros órganos de la sociedad, y en concreto de la Junta general, es una competencia específica que viene determinada por la Ley y por los estatutos, en tanto en cuanto aquélla lo consienta”.

“administración extraordinaria”¹²⁵⁶, deben someterse a la autorización previa de la Junta general.

En todo caso la autonomía estatutaria y las posibilidades de intervención de la Junta general no pueden entenderse en el sentido de que, excluidas las facultades imperativamente atribuidas al órgano de administración, todas las demás facultades de gestión de la empresa podrían, por vía estatutaria, quedar en manos de la Junta general, de forma que los administradores se conviertan en meros ejecutores de los actos decididos por los socios de la Junta general. Hay que interpretar que los poderes de intervención, dejando a salvo la fijación de las grandes directrices de política empresarial, sólo podrán referirse a asuntos concretos de especial importancia: actos o categorías de actos que se refieran a la llamada “administración extraordinaria”. En todo caso se trataría de limitaciones de la gestión de carácter interno que dejan a salvo lo dispuesto sobre el poder de representación y sobre la responsabilidad de los administradores¹²⁵⁷.

Además, en relación con la SE, conviene prestar una especial atención al hecho de que dada la naturaleza de las entidades participantes en la constitución de una SE lo normal es que la Junta general este formada por los representantes de los órganos de administración de esas entidades y por tanto, con socios interesados en la gestión social y capacitados para intervenir y tomar decisiones. Ahora bien, a tenor de lo dispuesto en el RESE¹²⁵⁸, la Junta general decidirá en los asuntos en que le confiera competencia el propio RESE, la legislación nacional del domicilio de la SE y cuando legal o estatutariamente así se establezca por el ordenamiento jurídico, para las sociedades anónimas del lugar en que la SE tenga el domicilio. En todo caso, el ejercicio de determinadas competencias de gestión por la Junta general deberá mantenerse siempre dentro de unos límites razonables, de forma que

¹²⁵⁶ En relación con esta materia, la Recomendación número 3 del Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas enumera las decisiones que en todo caso deben someterse a la aprobación o ratificación de la Junta general. Se refiere a la transformación de sociedades cotizadas en compañías “holding” mediante “filiación” o incorporación a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad; la enajenación de activos operativos esenciales, cuando entrañe una modificación efectiva del objeto social; las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad; y las adquisiciones de otras sociedades de objeto totalmente ajeno al objeto social de la sociedad cuando la cuantía de la inversión represente un porcentaje superior al 20 por ciento del patrimonio consolidado de la sociedad adquirente. Véase CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., pág. 324.

De igual manera, aunque en relación con la delegación de facultades del Consejo de administración (fórmula compatible con la atribución de la gestión al órgano de administración y que además viene legitimada expresamente por el mismo artículo 43.1 del RESE), habrá que tener en cuenta que, en virtud de lo previsto en el artículo 48 del RESE, en los estatutos de la SE deberán de enumerarse las categorías de operaciones que requieran una decisión expresa del pleno del Consejo de administración.

¹²⁵⁷ ESTEBAN VELASCO, G., “Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea”, ya cit., pág. 97.

¹²⁵⁸ Concretamente, en su artículo 52. En relación con lo dispuesto en este artículo RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Junta general”, ya cit., pág. 767, señala que “en relación con las SE domiciliadas en España, no plantean especiales problemas las denominadas «competencias específicas» de la Junta, bien procedan esas competencias del propio RESE o de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva sobre implicación de los trabajadores, bien de la legislación española. Esas «competencias específicas» se corresponden, en general, con la consideración de la Junta como órgano de la sociedad, ya no «soberano» pero sí «supremo» dentro de la organización de la SE. En ese sentido corresponden a la Junta general competencias que afectan a aspectos esenciales de la estructura jurídica y económica de la sociedad, que se han denominado «funciones constitucionales», así como competencias en materia de organización de la sociedad y, en concreto, las funciones de control de los miembros del órgano administrativo, tanto en el sistema dual como en el sistema monista”.

no suponga un vaciamiento del contenido de las facultades que son propias del órgano de administración¹²⁵⁹.

Otro aspecto importante a tener en cuenta y sobre el que el RESE guarda silencio es el de la representación; por lo tanto, entra en juego el sistema de fuentes de la SE¹²⁶⁰ y en consecuencia, habrá que acudir a los diversos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Nuestra Ley de Sociedades de Capital establece a quién corresponde representar a la sociedad en función de lo que se disponga en los estatutos¹²⁶¹ y determina el ámbito y la extensión del poder de representación¹²⁶², incorporando los criterios de la Primera Directiva (68/151/CEE), sobre inoponibilidad de limitaciones y tratamiento de los actos extraños al objeto social.

Por último, debo señalar que aunque el RESE atribuye la gestión al órgano de administración como una competencia genérica, recoge también la posibilidad de delegación de facultades a través de la habilitación que concede a los Estados miembros. En concreto dispone que “todo Estado miembro podrá estipular que el responsable de la administración corriente sea uno o más consejeros delegados en las mismas condiciones

¹²⁵⁹ Véase, en este sentido, QUIJANO GONZÁLEZ, J. “El sistema monista”, ya cit., pág. 627, donde recoge: “especial significado tienen en el «modelo nacional» la posibilidad de configurar hipótesis de relaciones interorgánicas flexibles y de espacios competenciales compartidos, singularmente entre la Junta general y el órgano de administración, faltando, como falta, un principio de asignación rígida o de tasación exhaustiva de atribuciones, siempre que exista previsión estatutaria al respecto y no implique vaciamiento o menoscabo de posiciones orgánicas obligatorias y de contenido mínimo, y sin perjuicio de los limitados efectos frente a terceros, sea en el plano de la validez de decisiones, actos y contratos, sea en el de la eficacia exoneratoria de exigencia de responsabilidad”. En similares términos se pronuncia FERRANDO VILLALVA, M. L., “El sistema monista de administración de la Sociedad Europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 353, en cuanto a que el ejercicio de competencias en materia de gestión por la Junta general nunca podrá vaciar de contenido las facultades propias del órgano de administración. Lo que, en su opinión, no podría aceptarse “por vulnerar la estructura corporativa diseñada por el legislador, sería un reconocimiento tal de dicha competencia de la Junta en asuntos de gestión ordinaria que la impusiera para todo asunto de gestión ordinaria o extraordinaria, relegando a los administradores a meros representantes externos de la sociedad, pero sin competencias efectivas de gestión en el ámbito interno”.

¹²⁶⁰ Sistema recogido en el artículo 9 del RESE. Este artículo establece que, en las materias no reguladas por el RESE o reguladas sólo en parte y en relación con los aspectos no cubiertos, serán de aplicación en primer lugar, las disposiciones adoptadas *ad hoc* para la SE, en segundo lugar las disposiciones que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales y en tercer lugar las disposiciones estatutarias, en las mismas condiciones que rijan para las sociedades anónimas nacionales.

¹²⁶¹ Véase el artículo 233.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 128 del TRLSA). Este artículo hay que ponerlo en relación con el artículo 124 del Reglamento del Registro Mercantil, que atribuye el poder de representación al órgano al que se haya confiado la administración (administrador único, administradores solidarios o conjuntos, Consejo de administración). El antiguo artículo 9. h) del TRLSA decía que en los estatutos sociales había que recoger “la estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad, determinando los administradores a quienes se confiere el poder de representación, así como su régimen de actuación...”. El nuevo artículo 23. e) de la Ley de Sociedades de Capital (modificado por la Ley 25/2011 de 1 de agosto) se limita a decir que en los estatutos se hará constar el modo o modos de organizar la administración de la sociedad (permitiendo la opción por uno de los modos previstos estatutariamente), pero el apartado segundo del artículo 233 de la Ley de Sociedades de Capital determina las reglas de atribución del poder de representación en función de la estructura del órgano de administración.

¹²⁶² El ámbito de la representación alcanza a todos los actos comprendidos en el objeto social y a los no comprendidos cuando se haya obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando los estatutos debidamente inscritos en el Registro Mercantil no recojan el acto en cuestión. Además, cualquier limitación relativa a las facultades de representación será ineficaz frente a terceros, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil. Tal y como recoge SÁNCHEZ RUS, H., “Objeto social y poder de representación en la sociedad anónima”, ya cit., pág. 2435, “...los límites legales son oponibles, los voluntarios no...Las restricciones de origen convencional tienen, por tanto, mera eficacia interna, ya que el poder de representación de los administradores únicamente se ve limitado por aquellas disposiciones legales que expresamente atribuyen competencia o exigen la intervención de otro órgano para una actuación eficaz frente a terceros”.

establecidas para las sociedades anónimas con domicilio en su territorio”¹²⁶³ (en cuanto a esta temática, me remito a lo dicho en el Capítulo cuarto, sección segunda, apartado II, punto 2 de esta Tesis doctoral, relativo a la delegación de facultades).

Se debe tener en cuenta, en relación con la delegación de facultades, que el RESE en la sección tercera, relativa a las normas comunes a ambos sistemas de administración¹²⁶⁴ (de las que me ocupare más adelante) recoge una serie de operaciones que están sujetas a decisión expresa del órgano de administración y que constituyen materia indelegable de dicho órgano¹²⁶⁵.

El RESE establece también el derecho de cada uno de los miembros del Consejo de administración para acceder a cuanta información obre en poder del órgano colegiado, a efectos de facilitar que el cumplimiento de las funciones y competencias que le vienen encomendadas se lleve a cabo de la mejor forma posible¹²⁶⁶.

6. FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

En los artículos que el RESE dedica al sistema monista recoge, en su mayor parte, normas que presuponen la existencia de un órgano colegiado o Consejo de administración¹²⁶⁷. En cuanto al funcionamiento de dicho órgano se hace referencia, específicamente, a dos cuestiones relativas al régimen de reuniones¹²⁶⁸ y a la provisión del cargo de Presidente¹²⁶⁹.

La fijación de la periodicidad de las reuniones del órgano de administración se encomienda a los estatutos de la SE, pero se establece una periodicidad mínima, imponiendo

¹²⁶³ En esta autorización (para la delegación de facultades en uno o más consejeros delegados) que con carácter facultativo se está otorgando a los Estados miembros por el artículo 43.1 del RESE, predomina un elemento regulador de carácter imperativo, cual es “que la delegación de facultades deberá de hacerse en las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas nacionales”.

¹²⁶⁴ A tenor de lo previsto en el artículo 48 del RESE deberán de hacerse constar, mediante la correspondiente disposición estatutaria, las categorías de operaciones que requieran que el órgano de dirección reciba una autorización del órgano de control (sistema dual), o una decisión expresa del órgano de administración (sistema monista). Contiene, también, una autorización específica, con carácter facultativo, en virtud de la cual los Estados miembros podrán determinar qué categorías de operaciones deben de figurar, como mínimo, en los estatutos de la SE (nuestro legislador no ha hecho uso de ésta autorización).

¹²⁶⁵ Igual tratamiento se dispensa en el artículo 249.2. de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1., segundo párrafo de la Ley de Sociedades Anónimas) a determinadas materias que no pueden ser objeto de delegación por parte del Consejo de administración y que por tanto, al igual que sucede con las operaciones a las que hace referencia el artículo 48 del RESE, resultan indelegables.

¹²⁶⁶ El derecho contenido en el artículo 44.2 del RESE debe entenderse comprendido dentro de las facultades de información que corresponden a los miembros del órgano de administración del sistema monista. También, en cuanto al sistema dual se fijan una serie de derechos y obligaciones de los miembros de los órganos relativas a determinadas informaciones; véase, en cuanto a los derechos de información de los miembros del órgano de control que a su vez suponen obligaciones a cargo de los miembros del órgano de dirección, el artículo 41 del RESE.

¹²⁶⁷ Posiblemente por considerar que ésta será la forma mayoritariamente escogida por las SE, máxime cuando se produzca la participación de los trabajadores en el órgano de administración del sistema monista.

¹²⁶⁸ En efecto, el artículo 44.1 del RESE establece una periodicidad mínima (dejando a salvo la posibilidad de que estatutariamente se fije una periodicidad menor) trimestral, y un contenido de los asuntos a tratar, ya que dice que se reunirá para “deliberar acerca de la marcha de los asuntos de la SE y de su evolución previsible”.

¹²⁶⁹ Según lo dispuesto en el artículo 45 del RESE, se confiere al órgano de administración la facultad de elegir a su Presidente con una limitación en el supuesto de que la mitad de los miembros del órgano hayan sido designados por los trabajadores, pues en tal caso sólo podrá ser Presidente un miembro procedente del capital.

una reunión trimestral¹²⁷⁰. El RESE lo que hace es imponer la obligatoriedad de que estatutariamente se fije la periodicidad de las reuniones, si los estatutos guardan silencio se aplicará el mínimo legal (reunión trimestral) y si deciden regular este aspecto podrán aumentar la frecuencia de las reuniones, pero nunca rebajarla.

Nuestro Derecho societario, siempre y cuando los estatutos no dispongan otra cosa, somete la regulación de esta cuestión a los reglamentos internos del Consejo¹²⁷¹, ahora bien,

¹²⁷⁰ La práctica de establecer legalmente el régimen de reuniones del Consejo de administración no es algo habitual en los sistemas monistas, lo normal es que estos temas se traten en el ámbito de la autorregulación (artículo 245.2 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 141.1 de la Ley de Sociedades Anónimas–). Incluso las recomendaciones de buen gobierno insisten, con frecuencia, en la conveniencia de que el Consejo se reúna con la habitualidad necesaria para el cumplimiento de sus cometidos sin fijar un mínimo de reuniones o establecer una periodicidad determinada. En este sentido el apartado 10 de las recomendaciones del informe Olivencia habla de “la frecuencia necesaria para el cumplimiento de sus funciones”; asimismo, el artículo 18 del reglamento tipo elaborado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores fijaba un mes como criterio de periodicidad para reuniones ordinarias. Igual recomendación mensual se hacía en el Informe Aldama (véase el apartado IV, punto 2, párrafo sexto).

¹²⁷¹ Efectivamente, según lo dispuesto en el artículo 245.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1 del TRLSA): “...cuando los estatutos no dispusieran otra cosa, el Consejo de administración podrá designar a su Presidente, regular su propio funcionamiento...”.

Obviamente, se podrá regular estatutariamente el funcionamiento del Consejo de administración, incluyendo cláusulas no previstas legalmente. A tenor de lo establecido en el artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 9 del TRLSA) se fijaran los siguientes aspectos relativos a su organización (el modo o modos de organizar la administración de la sociedad, el número de administradores, o al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieren y el modo de deliberar y adoptar acuerdos los órganos colegiados de la sociedad), pero el contenido es facultativo, es decir, estatutariamente se deberán de fijar los extremos indicados, pero se admite la autonomía de las partes para fijar lo que debe constituir mención estatutaria. Por tanto, la autonomía de la voluntad se pondrá de manifiesto, bien regulando cuestiones no contempladas por la ley bien, completando, en lo posible, la regulación legal, pero siempre respetando la legalidad establecida.

Igualmente, el funcionamiento del Consejo de administración podrá regularse mediante un reglamento de régimen interior integrado por un conjunto de normas que determinaran su organización y actividad, en los extremos que no estén fijados legal o estatutariamente. Ahora bien, el contenido de los reglamentos puede limitarse y modificarse estatutariamente, bien indicando que aspectos deben de ser regulados reglamentariamente o bien, introduciendo una variación en la regulación reglamentaria. Por tanto, el establecimiento de las normas relativas a la organización y funcionamiento interno de este órgano colegiado conciernen a la libertad estatutaria y a la autonomía organizativa de dicho órgano. Estos reglamentos tienen por finalidad completar los estatutos sociales para facilitar el funcionamiento del órgano colegiado. En relación con las sociedades cotizadas, el artículo 528 de Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores) establece la obligatoriedad de que el Consejo de administración apruebe un reglamento de régimen interior que regule su propio funcionamiento, dicho reglamento deberá ser comunicado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y se inscribirá en el Registro Mercantil (artículo 529 de la Ley de Sociedades de Capital). En este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, J., “El Reglamento del Consejo de administración”, ya cit., pág. 689, señala que “la aprobación del Reglamento del Consejo, que en el régimen societario general se concibe con carácter potestativo, se configura en este caso como una genuina obligación jurídica. Sin duda, esta previsión viene a reafirmar y blindar –aunque sea de forma refleja– la capacidad de autorregulación del Consejo de administración de las sociedades bursátiles que, a diferencia de lo que ocurre en las demás sociedades, no puede ser excluida por los accionistas a través de normas estatutarias...”; más adelante en la pág. 699, añade que “la necesidad de inscribir el reglamento en el Registro Mercantil permite que el reglamento, además de ser objeto del oportuno control de legalidad por parte del registrador, pueda también ser consultado a través de los instrumentos ordinarios de publicidad formal, al igual que los estatutos y el resto de información societaria de relevancia jurídica...”.

No obstante, hay que tener en cuenta que, a pesar de que el legislador español ha declarado de aplicación, para las SE que decidan establecerse en España y que opten por el sistema monista, lo preceptuado para las sociedades anónimas nacionales en la Ley de Sociedades de Capital, siempre que no contradiga lo dispuesto en el RESE y en la Ley que regula la implicación de los trabajadores en la SE, el artículo 44.1 del RESE establece, con carácter obligatorio, que el órgano de administración del sistema monista deberá de reunirse como mínimo una vez cada tres meses, e igualmente, ha fijado un contenido mínimo en cuanto a los asuntos a tratar, puesto que en dichas reuniones trimestrales se deberá de “deliberar acerca de la marcha de los asuntos de la SE y de la evolución previsible”. Asimismo, impone la obligación de elegir como Presidente a un miembro designado por la Junta general, en el supuesto de que la mitad de los miembros del órgano hayan

dado que el RESE regula, expresamente, la periodicidad mínima de las reuniones del órgano de administración, las SE que decidan establecerse en España podrán, mediante la correspondiente designación en los estatutos, fijar una periodicidad menor, pero no podrán regular este extremo en un nivel inferior a los estatutos sociales (como son los reglamentos internos del Consejo)¹²⁷².

Es interesante destacar la vinculación que el RESE efectúa entre la periodicidad de las reuniones y el orden del día a tratar en dichas sesiones. Efectivamente, en las reuniones trimestrales se deberá de “deliberar acerca de la marcha de los asuntos de la SE y de su evolución previsible”. La terminología empleada por el RESE induce a pensar en la configuración de un órgano colegiado que ha delegado las funciones de gestión y, por consiguiente, lo que se está tratando de hacer es regular legalmente las funciones de control y supervisión de la gestión, así como, la planificación sobre la futura evolución de la sociedad por parte del órgano de administración en pleno¹²⁷³.

Considero que nada impide que en las reuniones trimestrales se traten, además de los temas legalmente establecidos, otros que sean de interés social en los que el Consejo de administración sea competente¹²⁷⁴.

El órgano de administración podrá debatir en sus reuniones cualquier otro tema de interés social y de su competencia, además de la marcha y evolución de los asuntos sociales, pues no debe confundirse la mención a un contenido mínimo de la reunión ordinaria obligatoria, con una supuesta congelación en el orden del día del plenario del Consejo, haya habido o no delegación en alguno de sus miembros¹²⁷⁵.

sido nombrados por los trabajadores (artículo 45 del RESE) y establece, además, unos determinados quórumos de constitución y de adopción de acuerdos que serán de aplicación salvo que el propio RESE o los estatutos dispongan otra cosa (artículo 50 del RESE).

En relación con el funcionamiento del Consejo de administración de nuestras sociedades anónimas, véase SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del Consejo de administración*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 35-76; POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 459-464; MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit. págs. 1743-1748; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 464-470, concretamente en las págs. 469-470, este autor recoge: “las normas sobre el régimen de funcionamiento del Consejo dictadas mediante acuerdo en este órgano, no precisan de su inscripción en el Registro Mercantil, a diferencia de lo que sucede cuando tales normas tengan naturaleza estatutaria”.

¹²⁷² La detallada precisión del artículo 44 del RESE impide considerar esta materia como una materia no regulada o regulada sólo en parte, por lo que no entra en juego el artículo 9.c) del RESE y en consecuencia, no es aplicable la legislación nacional, por tanto, se podrá regular estatutariamente y solo a través de este medio, porque así lo autoriza expresamente el RESE (artículo 9.1.b), la periodicidad de las reuniones, pero siempre teniendo en cuenta los parámetros fijados reglamentariamente, puesto que dicho texto legal contiene la obligación de reunirse como mínimo cada tres meses.

¹²⁷³ Hay que tener en cuenta que dichas materias son indelegables, puesto que constituyen el objeto de la función supervisora que corresponde al Consejo de administración. Además, este artículo debe de ponerse en relación directa con el artículo 48 del RESE que regula las categorías de operaciones sujetas a decisión expresa del órgano de administración, en el sistema monista. Esta técnica podemos considerarla como procedente del sistema dual, por su marcada tendencia de constituir al órgano de administración en pleno en instancia de supervisión de la gestión delegada, en un intento de acercamiento de ambos sistemas.

¹²⁷⁴ También, en el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 95 de nuestra Ley de Sociedades Anónimas) se fija un orden del día vinculado a la Junta general ordinaria de las sociedades anónimas, pero este orden del día debe considerarse un contenido de mínimos, que no impide, en forma alguna, que se discutan y adopten acuerdos sobre otros asuntos.

¹²⁷⁵ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El sistema monista”, ya cit., pág. 621. En el mismo sentido se pronuncia FERRANDO VILLALVA, M. L., “El sistema monista de administración de la Sociedad Europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 362, donde señala que “el hecho de que como mínimo el Consejo deba reunirse cada tres meses para deliberar sobre las materias expresadas en el artículo 43.1 del RESE no supone limitación alguna del orden del día de las reuniones”.

La función de control otorgada al Consejo de administración (en pleno) por el RESE, en cuanto al contenido mínimo fijado para las reuniones trimestrales (la deliberación sobre la marcha de los asuntos de la SE y su evolución futura), comprende todo el conjunto de atribuciones que este órgano en pleno puede y tiene obligación de realizar cuando hay delegación, esto es: vigilar la gestión, impartir instrucciones, planificar estrategias, recibir y pedir información, etc., y para ello, el RESE establece que “cada miembro del órgano de administración tendrá acceso a toda la información comunicada a dicho órgano”¹²⁷⁶; de esta forma se garantiza el derecho individual a estar informado como manifestación del deber de diligencia del administrador y, al mismo tiempo, marca la obligación que tienen los consejeros delegados de comunicar al Consejo toda aquella información que fuera necesaria para el desempeño de sus funciones.

Este derecho individual de información, que recoge el RESE, tiene sentido en el contexto de un órgano con delegación en el que los delegados deben de informar al pleno del Consejo, a efectos de que este órgano colegiado pueda cumplir con sus funciones de supervisión y control. Precisamente, el derecho de acceso a toda la información comunicada está pensado, primordialmente, para los consejeros no delegados, con el fin de que el Consejo no se vea vacío de funciones, dada la concentración interna de las facultades de decisión en los miembros delegados.

En torno al derecho de información, cabe preguntarse cuál es el contenido de la información objeto de comunicación, así como los mecanismos que pueden ser utilizados por el miembro del órgano de administración para acceder a dicha información. En principio y teniendo en cuenta el carácter imperativo que configura tal derecho, no parece que puedan establecerse muchos límites; además, tal afirmación queda refrendada por la amplitud con que el RESE configura el deber de secreto¹²⁷⁷.

La segunda cuestión prevista en el RESE, en relación con el funcionamiento del órgano de administración en el sistema monista, hace referencia a la elección de Presidente del órgano de administración¹²⁷⁸, estableciendo este cargo con carácter imperativo y determinando que tal elección debe de efectuarse por y entre sus miembros, si bien, en el supuesto de que la mitad de los miembros componentes hubieran sido designados por los trabajadores (cogestión paritaria), sólo podrá ser elegido para ocupar dicho cargo un miembro que haya sido designado por la Junta general de accionistas¹²⁷⁹. Algunos autores consideran que esta asignación privativa del cargo a un miembro designado por la Junta

¹²⁷⁶ Según lo dispuesto en el artículo 44.2 del RESE. Una disposición similar en relación con los miembros del órgano de control de los sistemas duales se contiene en el artículo 41.5 del Reglamento. También, nuestra Ley de Sociedades de Capital en el título VI, capítulo III, relativo a los deberes de los administradores, recoge en el artículo 225.2 (antiguo artículo 127.2 del TRLSA), el deber de los administradores de informarse de la marcha de la sociedad.

¹²⁷⁷ Efectivamente, el artículo 49 del RESE no delimita el ámbito objetivo del deber de secreto, es decir, la materia sobre la que hay obligación de guardar secreto. Se limita a recoger una expresión de carácter genérico, de forma que hace recaer la obligación de no divulgar en cualquier información relativa a la SE de la que dispongan y cuya divulgación pudiera tener consecuencias perjudiciales para la sociedad. No hace ninguna distinción, ni en cuanto al carácter de la información, ni en cuanto a su origen, basta con que la divulgación de la información de la que se dispone, sea perjudicial para la SE.

¹²⁷⁸ En efecto, el artículo 45 del RESE determina que el órgano de administración elegirá de entre sus miembros un Presidente. Por consiguiente, al ser esta una materia regulada expresamente por el RESE, la facultad para la elección del Presidente del órgano recae en el Consejo de administración que podrá designar de entre sus miembros la persona que ha de ocupar tal cargo, si bien, en el supuesto de cogestión paritaria el nombramiento sólo podrá recaer en un miembro procedente del capital. Nuestra Ley de Sociedades de Capital atribuye, en principio, esta facultad a los estatutos y, en su defecto, al propio Consejo de administración (artículo 245.2 –antiguo artículo 141.1 del TRLSA–).

¹²⁷⁹ El RESE plantea y resuelve esta materia en el mismo sentido para el caso del órgano de control del sistema dual (artículo 42 del RESE), sin embargo, no contiene previsión alguna por lo que respecta al órgano de dirección de dicho sistema. Aunque, obviamente, hay que tener en cuenta que la participación de los trabajadores en los sistemas duales tiene lugar en el órgano de control y no en el de dirección.

debiera extenderse también a los miembros de otra procedencia distinta a la laboral (concretamente hacen referencia a la representación proporcional e incluso a la cooptación, formulas existentes en nuestro Derecho), cuando esta posibilidad exista en la legislación nacional a que se remite el artículo 47.4 del RESE y se diera la hipótesis, no muy probable, de cogestión paritaria en nuestro ámbito¹²⁸⁰.

En mi modesta opinión, estoy de acuerdo con esta argumentación en los supuestos de consejeros designados por cooptación, puesto que los miembros cooptados, aunque tienen que ser accionistas, son elegidos por el Consejo y por tanto, sólo forzando la argumentación se puede llegar a considerar a éstos, como representantes indirectos del capital, a través de los miembros del Consejo que votaron la cooptación y como representantes directos en función de las acciones de las que sean titulares; sin olvidar que según nuestra legislación no se requiere la cualidad de accionista para ser nombrado administrador, dejando a salvo los supuestos en que los estatutos dispongan lo contrario¹²⁸¹ (por tanto, puede darse el supuesto de que los miembros que hayan ejercitado la cooptación no sean accionistas, aunque por su designación sean representantes del capital).

En cuanto al supuesto de representación proporcional disiento, puesto que los miembros elegidos por este sistema son representantes del capital, y aunque ciertamente representarán los intereses de una porción determinada del mismo (correspondiente a las acciones agrupadas a tal efecto), también es cierto que en multitud de ocasiones, sobre todo en las grandes sociedades (sociedades anónimas cotizadas) que tienen un accionariado muy atomizado (que no acude a las Juntas)¹²⁸², los miembros elegidos por la Junta general lo son con un quórum que representa una cantidad de capital muy pequeña, recordemos que para la válida constitución de la Junta general basta con un quórum del veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho a voto, en primera convocatoria y en segunda será válida la constitución de la Junta cualquiera que sea el capital concurrente a la misma (siempre dejando a salvo las previsiones estatutarias, que pueden fijar otros quórums)¹²⁸³ y por tanto,

¹²⁸⁰ QUIJANO GONZÁLEZ, J. “El sistema monista”, ya cit., pág. 623.

¹²⁸¹ Efectivamente, el artículo 212.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 123.2. del TRLSA) establece que “salvo disposición contraria de los estatutos, para ser nombrado administrador no se requerirá la condición de socio”. La exigencia de la condición de accionista es una práctica empleada por las sociedades pequeñas que tratan de evitar, de esta forma, que se introduzcan personas extrañas a los socios que integran la sociedad. Véase POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 62. En este mismo sentido SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores (artículos 123 a 143)”, ya cit., pág. 39, donde señala que “la existencia de la cláusula estatutaria que establezca la condición de accionistas de los administradores depende de las características de la sociedad. Es más frecuente en las sociedades familiares y otras cerradas la exigencia de que los administradores tengan la condición de accionistas”.

¹²⁸² Nos hallamos ante sociedades caracterizadas en términos generales por la dispersión accionarial motivada por la necesidad de gran afluencia de capital, en las que existe una clara separación entre propiedad del capital y control de la sociedad debida al absentismo de los pequeños accionistas que conscientes de la pequeñez de su participación en el capital o de la poca repercusión de su actuación como socios se abstienen del ejercicio de sus derechos para pasar a ocuparse únicamente de la rentabilidad de su inversión... en realidad lo que sucede es que la Junta general esta “dominada” por el mismo grupo que controla al órgano de administración, y que puede ser minoritario. MARTÍ LACALLE, R., “El ejercicio de las competencias de los órganos sociales en las sociedades anónimas cotizadas”, ya cit., págs. 111-113.

¹²⁸³ Tal y como recoge RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Junta general”, ya cit., pág. 792, al referirse a la constitución de la Junta general de las SE, “también guarda silencio el RESE, y en este punto lo hacían igualmente los textos anteriores, acerca de la posible exigencia de un quórum para la válida constitución de la Junta; un silencio motivado probablemente, por el hecho de que hay Estados miembros en los que no se exige o por las diferencias que en esta materia existen en los distintos ordenamientos nacionales”. Por lo tanto, será de aplicación, en cuanto al quórum de constitución de las Juntas generales de la SE, las disposiciones que son de aplicación a nuestras sociedades anónimas y, en este sentido, nuestra Ley de Sociedades de Capital recoge en el artículo 193 (antiguo artículo 102 del TRLSA), que en primera convocatoria el quórum será del veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho a voto y en segunda convocatoria será válida la

podría darse el caso de que los miembros elegidos en Junta lo hubieran sido por una porción de capital inferior a la de los miembros elegidos por las acciones agrupadas. Ahora bien, estoy de acuerdo en que es poco probable que se dé la hipótesis de cogestión paritaria en este supuesto.

La importancia que reviste la designación del Presidente del órgano encuentra su fundamento en que el RESE, a falta de disposición estatutaria al respecto, atribuye a este cargo el voto de calidad en caso de empate¹²⁸⁴. Claro está que esta atribución se concede a falta de disposición estatutaria, por lo tanto, por vía estatutaria se podrá excluir o limitar tal prerrogativa, salvo en el caso de que la mitad de los miembros componentes del órgano de administración hubieran sido designados por los trabajadores (cogestión paritaria), pues entonces el voto de calidad del Presidente (designado de entre los miembros elegidos por la Junta general) no puede ser obviado por disposición estatutaria alguna.

Por lo demás, el RESE guarda silencio en cuanto a las funciones del Presidente, y tampoco nuestro ordenamiento jurídico societario contiene una formulación expresa de cuáles son las funciones que deben ser asumidas por el Presidente del Consejo de administración¹²⁸⁵. Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en nuestra legislación societaria, el carácter de esta figura puede extenderse de modo supletorio en relación con la Junta general si no se ha hecho ninguna previsión estatutaria en este sentido¹²⁸⁶; puede, también, configurarse el cargo como Presidente-ejecutivo con funciones delegadas, pero dejando a salvo esta posibilidad, sus funciones normalmente estarán referidas al buen funcionamiento del Consejo de administración, cuidando el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias, además, le corresponderá convocar las reuniones con la regularidad prevista en los estatutos sociales¹²⁸⁷ y cuando lo considere conveniente o sea requerido para ello a solicitud del número de miembros previsto en la Ley de Sociedades de

constitución de la Junta cualquiera que sea el capital concurrente a la misma (siempre dejando a salvo las previsiones estatutarias, que pueden fijar otros quórum).

¹²⁸⁴ Según dispone el artículo 50.2 del RESE a falta de disposición estatutaria el Presidente tendrá el voto de calidad. Sólo en el supuesto de cogestión paritaria, esto es que la mitad del órgano esté compuesta por representantes de los trabajadores, será imperativa la disposición contenida en el RESE que otorga el voto de calidad al Presidente. Quiero hacer la observación de que este artículo dice textualmente: "...no podrá existir ninguna disposición estatutaria en sentido contrario cuando la mitad del "órgano de control" esté compuesta por representantes de los trabajadores", aunque la referencia es al "órgano de control", entiendo que al estar este artículo contenido dentro de las normas comunes a ambos sistemas de administración será aplicable tanto al Consejo de control como al Consejo de administración, máxime teniendo en cuenta que la participación de los trabajadores siempre se instrumentará para los sistemas duales a través del Consejo de control y para los sistemas monistas a través del Consejo de administración.

¹²⁸⁵ En relación con la figura y funciones del Presidente del Consejo de administración de nuestras sociedades anónimas puede consultarse, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 535-541; GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., "El Consejo de administración: concepto y estructura", ya cit., págs. 1282-1286.

¹²⁸⁶ A tenor de lo previsto en el artículo 191 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 110 del TRLSA) salvo que los estatutos dispongan otra cosa el Presidente y el Secretario de la Junta general serán los del Consejo de administración. Tal y como señala SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del Consejo de administración*, ya cit., págs. 258-259: "...con frecuencia se prevé que el Presidente del Consejo lo sea también de la Junta, situación que se producirá de modo automático en defecto de persona designada por los estatutos (artículo 110 del TRLSA –actual artículo 191 de la Ley de Sociedades de Capital–); de esta forma se garantiza que el Presidente de la Junta tenga un adecuado conocimiento de la marcha de los asuntos sociales".

¹²⁸⁷ En este sentido, tenemos que tener en cuenta que el artículo 44 del RESE establece la obligación de que el órgano de administración del sistema monista se reúna como mínimo una vez cada tres meses o según la periodicidad fijada en los estatutos que, obviamente, deberá de tener en cuenta el mínimo fijado por el referido texto legal. En consecuencia, dada la imposición del RESE, el Presidente deberá, en el ejercicio de su cargo, convocar el Consejo con dicha periodicidad o con la menor que, en su caso, le venga impuesta en los estatutos sociales de la SE.

Capital¹²⁸⁸, en los estatutos o reglamentos internos, fijando, cuando sea posible, el orden del día de las reuniones¹²⁸⁹, verificará su válida constitución, tendrá el voto de calidad en caso de empate¹²⁹⁰, dirigirá las reuniones, cuidará de que se faciliten las informaciones que fueran necesarias para el buen desarrollo de las reuniones, velará para que el Secretario levante las actas que deberán consignarse en el correspondiente libro de actas y las legalizará mediante su firma, otorgando el visto bueno¹²⁹¹.

Nada dice el RESE en relación con otros cargos internos del órgano de administración (Vicepresidentes Secretario, Vicesecretarios) por lo que, de acuerdo con la jerarquía de normas establecida en dicho cuerpo legal¹²⁹², habrá que acudir a lo previsto para las sociedades anónimas en los diversos Derechos nacionales y a su través a las correspondientes cláusulas estatutarias y a los reglamentos internos¹²⁹³.

¹²⁸⁸ Después de la modificación del artículo 246.2 de la Ley de Sociedades de Capital, en virtud de lo establecido en el artículo primero, apartado trece de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, el Presidente deberá de convocar el Consejo cuando se lo solicite un tercio de sus componentes.

¹²⁸⁹ Según lo preceptuado en nuestra Ley de Sociedades de Capital (artículo 246 –antiguo artículo 140 del TRLSA–) “en la sociedad anónima el Consejo de administración será convocado por el Presidente o el que haga sus veces”. Por tanto, el legislador español “ha optado por atribuir la competencia para convocar el Consejo al Presidente o, subsidiariamente, al que haga sus veces, frente a la alternativa de legitimar a cualquier otro miembro del Consejo o a un determinado número de miembros”. SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del Consejo de administración*, ya cit., pág. 260. En este mismo sentido POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 445, donde recoge que “la competencia –no sólo facultad, sino asimismo deber– para efectuar la convocatoria del Consejo viene atribuida de manera exclusiva a su Presidente y, en caso de defecto o ausencia del mismo, al que haga sus veces, para lo cual será decisiva la previsión estatutaria (copresidentes, Vicepresidente, consejero más antiguo o de mayor edad, etc.). La imperatividad de la norma ha sido corroborada por la jurisprudencia, que no sólo ha negado tal competencia a los consejeros o al propio Vicepresidente –si no es por ausencia del Presidente–, sino que ha aclarado que la facultad de convocar el Consejo por quien haga las veces del Presidente es una facultad subsidiaria y no alternativa o simultánea... La posición jurisprudencial negando el carácter alternativo de la facultad y obligación de convocar obligará, por tanto, a regular estatutariamente la cuestión en caso de existencia de copresidentes, si se admite la posibilidad de su designación”.

¹²⁹⁰ Según el artículo 50 del RESE, a falta de disposición estatutaria al respecto, el Presidente tendrá el voto de calidad en caso de empate y, a mayor abundamiento, no podrá existir disposición estatutaria en contra cuando la mitad de los miembros del órgano este compuesta por representantes de los trabajadores.

¹²⁹¹ Según lo establecido en el artículo 250 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 142 del TRLSA) “las discusiones y acuerdos del Consejo de administración se llevarán a un libro de actas, que serán firmadas por el Presidente y el Secretario”. Por su parte, el artículo 99.3 del Reglamento del Registro Mercantil dice que “una vez que conste en el acta su aprobación, será firmada por el Secretario del órgano de la sesión, con el visto bueno de quien hubiera actuado en ella como Presidente”. Tal y como señala POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 495, “el deber, no sólo poder, de firmar las actas atribuido por la Ley no sólo al Secretario del Consejo, sino asimismo a su Presidente, constituye una manifestación de la responsabilidad social que deben asumir las personas que ostentan ambos cargos en cuanto a la veracidad de su contenido. Por ello la Ley no se ha contentado con la exigencia de que las actas se firmen únicamente por el Secretario, que es, en principio, quien parece tener atribuida, siquiera implícitamente, la fe social, añadiendo, en todo caso, el visto bueno del Presidente”. Por su parte, SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del Consejo de administración*, ya cit., págs. 267-268, añade que “el Presidente debe procurar que las discusiones y debates del Consejo se hagan constar en el acta y que ésta se lleve al libro de actas, cuidar de su conservación y firmar el acta de la sesión. No obstante conviene señalar que si hay ilicitud el Presidente deberá rechazar su firma aunque el acta haya sido aprobada. En cambio, cuando se constaten otros defectos menores porque se considere, por ejemplo, que pudiera haber mayor claridad, en la medida en que el Presidente no es autor del documento no parece lícito que se niegue a firmar”.

¹²⁹² A tenor de lo dispuesto en el artículo 9 del RESE, al ser una materia no regulada por el Reglamento, deberemos aplicar en primer lugar las disposiciones que el legislador haya adoptado con carácter específico para las SE, en segundo lugar las disposiciones que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales y en tercer lugar las disposiciones estatutarias en las mismas condiciones que rijan para las sociedades anónimas nacionales.

¹²⁹³ En la legislación societaria española, la figura del Vicepresidente se viene ubicando en la referencia que hace el artículo 246 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 140 del TRLSA),

En las normas comunes a ambos sistemas de administración, contenidas en la sección 3 del Título III del RESE (que examinaré más adelante), se encuentran regulados diversos aspectos relativos al estatuto personal de los miembros, duración del cargo, deber de secreto, responsabilidad¹²⁹⁴, competencias¹²⁹⁵. En relación con el funcionamiento de los órganos, el RESE se ocupa de regular el quórum de constitución, las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos y el voto de calidad que se confiere al Presidente del órgano a falta de disposición estatutaria al respecto, salvo en el caso de cogestión paritaria del órgano en que la atribución del voto de calidad al Presidente deviene obligatoria¹²⁹⁶.

Dejando aparte las materias a las que hace referencia el RESE y de las que me he ocupado en párrafos precedentes, queda todavía un amplio margen en cuanto al tratamiento de cuestiones relacionadas con el funcionamiento del Consejo de administración ya que, precisamente, la materia relativa a la estructura del órgano de administración de la SE está basada en el ejercicio de la correspondiente opción expresada estatutariamente y lo normal es que una vez ejercitada dicha opción y dentro del margen que el RESE concede, se regulen estatutariamente otras cuestiones relativas al funcionamiento de los órganos de

cuando dice que el Consejo de administración será convocado por el Presidente “o el que haga sus veces”; por su parte, el artículo 146 del Reglamento de Registro Mercantil contiene una referencia expresa a esta figura cuyo nombramiento corresponderá, salvo indicación estatutaria en contra, al Consejo dadas sus facultades de organización, por tanto el Consejo podrá ejercitar o no esta facultad, pero todos los autores coinciden en la conveniencia de su designación. Su función primordial será la de sustituir al Presidente cuando no pueda por cualquier motivo desarrollar su tarea, en consecuencia esa función sustitutoria debe de limitarse a las funciones específicas del cargo (convocatoria del Consejo, certificación de acuerdos u otras funciones propias del cargo) y no a las que pueda tener atribuidas el Presidente a título personal; se podrán nombrar varios Vicepresidentes, en cuyo caso deberá establecerse una prelación. La referencia al Secretario la podemos encontrar en el artículo 250 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 142 del TRLSA) al señalar que “las discusiones y acuerdos del Consejo de administración se llevarán a un libro de actas, que serán firmadas por el Presidente y el Secretario”, sin embargo, el Reglamento del Registro Mercantil es el que da relevancia a esta figura a través de las importantes facultades documentadoras y certificadoras que le atribuye, exigiendo, además, a tal efecto que figure con cargo vigente e inscrito en el Registro Mercantil (artículos 108 y 109 del Reglamento del Registro Mercantil; el Secretario es nombrado y destituido en su caso por el Consejo y no se requiere que sea miembro del mismo, en cuyo caso asistirá a las reuniones con voz pero sin voto; son funciones propias del cargo la de asistir al Presidente en la mesa de la Junta (estatutariamente se le suele asignar la función de Secretario de la Junta, la de formalizar, certificar los acuerdos, custodiar los libros sociales, los de actas, redactar y firmar las actas, elevar a público los acuerdos sociales, además en las grandes sociedades suele encargarse de la secretaría general de la sociedad, de la dirección de la asesoría jurídica y de ser el letrado asesor e igualmente –por designación del Consejo de administración–, lo normal es que sea el Secretario de la Comisión ejecutiva). El artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil también prevé la posibilidad de que existan varios Vicesecretarios que ejercerán las funciones propias del cargo por ausencia o ante la imposibilidad del ejercicio del cargo por parte del Secretario; si se nombran varios Vicesecretarios deberá de establecerse una prelación para el acceso a esas funciones.

¹²⁹⁴ Las normas comunes a ambos sistemas de administración se contienen en los artículos 46, 47, 49 y 51 del RESE. El artículo 46 fija el período máximo para el ejercicio del cargo y establece la posibilidad, salvo disposición estatutaria en contra, de que los miembros de los órganos sean reelegidos una o más veces; el artículo 47 regula el nombramiento de las personas jurídicas como miembros de los órganos y hace referencia tanto, a los requisitos negativos o prohibiciones, como a las condiciones particulares exigibles para ser miembro de los órganos; el artículo 49 alude al deber de secreto y el artículo 51 a la responsabilidad de los miembros de los órganos de dirección, control y administración

¹²⁹⁵ Lo cierto es que el artículo 48 del RESE se ocupa de las categorías de operaciones que requieren que el órgano de dirección reciba una autorización expresa del órgano de control en el sistema dual, o una decisión expresa del órgano de administración (Consejo de administración en pleno) en el sistema monista.

¹²⁹⁶ En efecto, el artículo 50 del RESE contiene las reglas básicas en cuanto a los quórum de constitución y mayoría de adopción de acuerdos de los órganos de la SE, aunque, con carácter prioritario, los estatutos podrán regular esta materia como tengan por conveniente, sólo a falta de disposición estatutaria se aplicará este artículo cuyas disposiciones tendrán preferencia sobre lo establecido a estos efectos en la legislación nacional aplicable a las sociedades anónimas. El voto de calidad del Presidente se regula en el apartado 2 de este artículo.

administración, donde los estatutos tendrán un papel importante, puesto que ésta es una materia idónea para la autorregulación, sin olvidar los reglamentos internos¹²⁹⁷.

El amplio desarrollo tanto teórico-jurídico como práctico que el sistema monista tiene en España, exceptuando la materia relativa a la impugnación de los acuerdos de los órganos de administración que ha sido regulada expresamente por la Ley 19/2005¹²⁹⁸, ha llevado al legislador nacional a declarar la aplicación del mismo a las SE domiciliadas en su territorio, en tanto que sus disposiciones no entren en contradicción con las normas del RESE¹²⁹⁹. Sin embargo, esta remisión, efectuada por el legislador nacional, tendrá consecuencias importantes en asuntos relevantes de la administración societaria como pueden ser, por lo que respecta al funcionamiento del Consejo de administración: la cooptación¹³⁰⁰, la posibilidad de adoptar acuerdos sin reunión¹³⁰¹, la estructura de la

¹²⁹⁷ En cuanto a reglamentos internos, debo hacer mención a los artículos 528 y 529 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores), que obligan al Consejo de las sociedades anónimas cotizadas a establecer un reglamento de normas de régimen interno, que contenga medidas concretas, en garantía de la mejor administración de la sociedad. Dicho reglamento se comunicará a la Comisión Nacional de Mercado de Valores y se inscribirá en el Registro Mercantil. También se debe tener en cuenta que la estructura de la administración societaria de las sociedades cotizadas es objeto específico de información a través del informe anual de gobierno corporativo, previsto en el nuevo artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores, desarrollado por la Orden de 26 de diciembre de 2003 (BOE. núm. 7, de 8 de enero de 2004), dicha orden fue complementada a posteriori por la Circular 1/2004 de 17 de marzo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que permitió homogeneizar el contenido mínimo del informe anual (BOE de 29 de marzo de 2004, número 76), y la Circular 2/2005, de 21 de abril, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre el informe anual de gobierno corporativo y otra información de las Cajas de Ahorros que emitan valores admitidos a negociación en Mercados Oficiales de Valores (BOE de 29 de abril de 2005, número 102). El artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores ha sido derogado por la disposición final quinta, apartado veintinueve, de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, publicada en el BOE número 55 el día 5 de marzo de 2011 y que entró en vigor, a tenor de lo dispuesto en la disposición final sexagésima, al día siguiente de su publicación, es decir, el 6 de marzo de 2011. Su contenido ha quedado recogido en el artículo 61 bis del nuevo Capítulo VI, añadido por la mencionada Ley 2/2011 al Título IV de la Ley de Mercado de Valores.

¹²⁹⁸ En efecto, el artículo 336 del TRLSA (actual 491 de la Ley de Sociedades de Capital) hace referencia a la impugnación de acuerdos de los órganos de administración. Sin embargo la redacción de este artículo no difiere, dejando a salvo la puntualización de que los miembros de cada órgano son competentes para impugnar los acuerdos del órgano al que pertenezcan, de la redacción dada a esta materia por la Ley de Sociedades de Capital para las sociedades anónimas nacionales (artículo 251 –antiguo 143 del TRLSA–).

¹²⁹⁹ Según se recoge en el artículo 477 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 328 del TRLSA). En este sentido debe entenderse por normas reguladoras de las sociedades anónimas en España, el conjunto de normas que, aunque tengan distinto rango legal, se ocupan de dichas sociedades, como p. ej., el Reglamento del Registro Mercantil.

¹³⁰⁰ Facultad que el artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 138 de la Ley de Sociedades Anónimas) otorga al Consejo para el supuesto de que en el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjese alguna vacante y consistente en la posibilidad de designar entre los accionistas una persona que la cubra, hasta la próxima Junta general que se celebre.

¹³⁰¹ En nuestra Ley de Sociedades de Capital se recoge esta posibilidad en el artículo 248.2 (antiguo artículo 140.2 de la Ley de Sociedades Anónimas) y se permite la votación por escrito y sin reunión, siempre y cuando ningún consejero se oponga a este sistema. No obstante, la ley, tal y como señala SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del Consejo de administración*, ya cit., pág. 177, “establece unos requisitos que tienen por objeto no sólo determinar los supuestos en que puede utilizarse este procedimiento o garantizar la corrección formal de su utilización, sino también y fundamentalmente, evitar que se impida arbitrariamente el ejercicio del derecho de voz de cada uno de los miembros del Consejo: la votación por escrito sin sesión únicamente puede tener lugar si ninguno de los consejeros se oponente”. En este sentido POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 453 dice que “la exigencia de que ningún consejero se oponga a la votación por escrito y sin sesión para el reconocimiento legal de su validez, parece requerir, aunque sea de forma indirecta y al igual que sucede con el Consejo universal, la participación de todos los miembros del Consejo en la votación, ya sea mediante el envío del voto o de su posición explicativa, en otro caso. Ello, sin embargo, no parece estrictamente necesario cuando un consejero haya dado su conformidad previa a dicho procedimiento aunque después no pueda participar en la votación por ausencia o por cualquier otra causa...”.

delegación¹³⁰². Además, la legislación societaria española en esta materia deja un amplio margen para su regulación a través de los estatutos¹³⁰³.

Por último debo apuntar que, precisamente, dentro de este amplio ámbito dejado a la autorregulación es donde deben tener cabida las recomendaciones de buen gobierno, bien por vía estatutaria o bien a través de los reglamentos internos del propio órgano de administración. En consecuencia, las SE domiciliadas en España, sobre todo si son sociedades cotizadas, podrán quedar sujetas a determinadas normas de organización y funcionamiento, en relación con aspectos como pueden ser la composición del órgano, el papel de los cargos internos, la constitución de comisiones internas, la frecuencia y régimen de las reuniones, etc.

7. REMUNERACIÓN

Se trata de otra cuestión más, no regulada en el RESE y por tanto, en virtud de lo previsto en dicho texto¹³⁰⁴, remitida a lo dispuesto en los estatutos y en las legislaciones nacionales. En Derecho español se establece que el cargo de administrador es gratuito¹³⁰⁵,

¹³⁰² En cuanto a la delegación de facultades me remito a lo ya dicho en el Capítulo cuarto, sección segunda, apartado II, punto 2 de esta Tesis doctoral. Así como a lo preceptuado en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1 *in fine* de la Ley de Sociedades Anónimas).

¹³⁰³ Véanse los artículos 23.e), 245.2 y 249.1. de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 9. h) y 141 de la Ley de Sociedades Anónimas). En los estatutos se hará constar el modo o modos de organizar la administración de la sociedad (redacción dada al artículo 23. e) por la Ley 25/2011, de 1 de agosto), el número de administradores o, al menos, el número mínimo y el máximo, el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución; además, cuando los estatutos no dispongan otra cosa el Consejo de administración podrá designar a su Presidente, regular su propio funcionamiento y aceptar la dimisión de los consejeros. Por tanto, a falta de disposición estatutaria será el propio órgano el que, a través de un reglamento interno, regule su propio funcionamiento. Tal y como dice GARCÍA GARCÍA, E., “El Consejo de Administración: funcionamiento” *Órganos de las sociedades de capital*, tomo II, GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 1337, “el reglamento de régimen interior lo constituyen normas escritas que regulan aspectos que hayan dejado abiertos la Ley y los estatutos, a los que se subordina...La infracción de una norma reglamentaria sobre funcionamiento del Consejo no permitiría sustentar la impugnación de un acuerdo de dicho órgano, por cuanto para ello sería preciso que tuviera cuanto menos rango estatutario, pero justificaría el ejercicio de la acción de responsabilidad contra el administrador por el daño causado a causa de la infracción del deber de diligencia”. Asimismo, a falta de disposición estatutaria el Consejo de administración podrá designar de su seno una Comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona.

¹³⁰⁴ A tenor de lo dispuesto en el artículo 9. 1. c) del RESE las materias no reguladas por el RESE (entre las que se encuentra la relativa a la retribución de los administradores) se regirán por las disposiciones que específicamente se adopten por los legisladores de los Estados miembros para las SE (nuestro legislador no ha hecho previsión alguna al respecto), en su defecto por las disposiciones legales que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales y por las disposiciones estatutarias en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas nacionales.

¹³⁰⁵ En efecto, el artículo 217.1, en relación con el artículo 23.e) de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 130 en relación con el artículo 9. h) de la Ley de Sociedades Anónimas), en el primer inciso dice que el cargo de administrador será gratuito a menos que los estatutos sociales, mediante la determinación del sistema de retribución, establezcan que no lo es. Por consiguiente, se somete a la autonomía social la determinación de la gratuidad o no del cargo, mediante el establecimiento en los estatutos sociales del sistema de retribución; por lo demás, existe total libertad estatutaria en cuanto a la configuración de dicho sistema, podrá consistir en una cantidad variable, en una cantidad porcentual sobre los beneficios, volumen de ventas, cifra de negocios, etc., siempre y cuando la base de cálculo quede claramente establecida. Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 250-252 y 726, en la que recoge: “...que el cargo de administrador de la sociedad anónima, aun cuando en la práctica normalmente sea retribuido, es perfectamente válido que el cargo se desempeñe gratuitamente, lo que es con cierta relatividad frecuente en las sociedades cerradas respecto a los miembros no ejecutivos del Consejo de administración...”.

Según manifiesta DE MARTÍN MUÑOZ, A. J., “Algunas consideraciones en torno a la remuneración de los administradores de sociedades cotizadas tras la Recomendación europea de 14 de diciembre de 2004”, ya cit., pág. 1152, “nuestro ordenamiento no define la política de remuneraciones ni su contenido, ni tan siquiera queda claro si es lo mismo que el sistema de remuneración que el artículo 130 de la Ley de

salvo que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución¹³⁰⁶.

Los sistemas de retribución a tenor de lo dispuesto en nuestra la Ley de Sociedades de Capital pueden consistir:

En una participación en las ganancias, en cuyo caso sólo podrá ser detraída de los beneficios líquidos o netos, después de cubrir las atenciones o asignaciones a reserva legal y estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento o el tipo legal más alto que los estatutos hubieran fijado, en su caso¹³⁰⁷. Establecida en los estatutos una retribución en favor de los administradores, no es posible reducirla por acuerdo de la Junta general o del Consejo de administración basándose en dificultades económicas de la sociedad¹³⁰⁸.

En la entrega de acciones o de opciones sobre acciones¹³⁰⁹, por la relevancia y polémica alcanzada por esta fórmula en las grandes sociedades cotizadas y a fin de

Sociedades Anónimas (actual artículo 217.2 de la Ley de Sociedades de Capital) exige incluir en los estatutos o es algo diferente que debe construirse al margen de ellos. La normativa española se limita en este punto a imponer ciertos requisitos sobre determinadas modalidades o sistemas de retribución –como ocurre con los de participación en beneficios o los referenciados al valor de las acciones–, dejando el resto de cuestiones al arbitrio de la voluntad de las partes ex artículo 1255 CC”.

¹³⁰⁶ También el artículo 23.e) de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 9. h) de la Ley de Sociedades Anónimas) y el artículo 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil preceptúan que en los estatutos sociales deberá de hacerse constar el sistema de retribución de los administradores, si la tuvieren, por tanto si el cargo es retribuido, “necesariamente” deberá de fijarse el sistema de retribución en los estatutos sociales; además, a tenor de lo previsto en el artículo 124.3 del Reglamento del Registro Mercantil, salvo disposición contraria en los estatutos, se presume la igualdad de retribución de todos los administradores. Tal y como recoge VALENZUELA GARACH, J., *La responsabilidad de los administradores en la disolución y concurso de las sociedades capitalistas*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 104, “la realidad práctica muestra que la aceptación del cargo de administrador se ha convertido, a la luz de las actuales normativas societarias, en una empresa –en ciertos aspectos– hartamente arriesgado y que exige un alto nivel de preparación y formación en todos y cada uno de los miembros de los órganos gestores; en compensación, se va tendiendo hacia la profesionalización de éstos y, por ende, hacia la remuneración de sus funciones”.

¹³⁰⁷ En relación con este sistema de retribución, que se recoge en el apartado 2 del artículo 218 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas) debo hacer la precisión de que el beneficio al que se está refiriendo el artículo en cuestión es el resultante después de deducirse los correspondientes impuestos; igualmente, debo precisar que cuando se hace referencia al reconocimiento de dividendos en favor de los accionistas, basta con que éstos se hayan provisionado, aunque todavía no se hayan distribuido.

¹³⁰⁸ Sin embargo, tal y como recoge POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 201, “la jurisprudencia sí ha señalado la posible existencia de determinados límites a la libertad estatutaria en relación con la cuantía de la remuneración aunque se cumplan formalmente las exigencias cuantitativas del artículo 130 del TRLSA (actual artículo 218.2 de la Ley de Sociedades de Capital), siempre que la retribución alcance una proporción desorbitada en relación con su función y que con ello se lesionen los intereses sociales y el de los accionistas minoritarios en beneficio de los accionistas mayoritarios, que «abusando de su fuerza numérica y de capital» absorben los puestos directivos y de administración para asignarse pingües emolumentos con cargo a los beneficios sociales (Sentencias del TS de 1/7/1964 y 17/5/1979). Con ello, el tema de la protección de sociedad no sale del ámbito de la licitud intrínseca de las cláusulas estatutarias o de la legalidad material de los acuerdos y de la protección de la minoría a través de la impugnación de los acuerdos sociales del artículo 115 de la Ley (actual artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital)”. En este mismo sentido SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 256, señala que: “en cualquier supuesto ha de entenderse que la cláusula estatutaria debe moverse dentro de unos límites demarcados por la prudencia, de forma que han de estimarse ilícitas aquellas cláusulas que puedan tener un resultado lesivo para los intereses sociales, entendidos como intereses comunes a todos los socios”.

¹³⁰⁹ Sistema recogido en el artículo 219 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 130, párrafo segundo de la Ley de Sociedades Anónimas). Este sistema de retribución, también conocido con la denominación “*stock options*”, se ha extendido en los EEUU y de allí a Europa, para interesar a los administradores y directivos no en el beneficio o resultado contable de la sociedad, sino en su capitalización por el mercado de valores, haciéndoles correr con el riesgo empresarial propio del accionista (puesto que no cobrarán si la cotización de las acciones de la sociedad no sube). Véase VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al*

garantizar un control por parte de los accionistas, se exige para la efectividad de este sistema que, además de constar en estatutos, se adopte un acuerdo expreso por la Junta general, precisando los extremos más relevantes para su aplicación práctica (número de acciones, precio de ejercicio, plazo de duración, etc.).

Otra cuestión a tener en cuenta en relación con la retribución de los administradores es la relativa a los pactos indemnizatorios que suelen fijarse para el caso de que sean cesados o destituidos, me estoy refiriendo a los denominados “contratos blindados”¹³¹⁰.

El RD 1382/85, de 1 de agosto, vino a regular la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección y según se recoge en sus disposiciones “se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”¹³¹¹. Ahora bien, expresamente se excluye de su ámbito “la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo”¹³¹².

Ante la dificultad que supone deslindar y separar con precisión las funciones inherentes al desempeño del cargo de administrador y los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa (que caracteriza al personal de alta dirección) deberá atenderse, según criterio jurisprudencial, a la naturaleza del vínculo, de forma que si las funciones de gestión y representación son ejercitadas por quien ostenta el cargo de administrador la relación será mercantil y no laboral¹³¹³.

Derecho Mercantil, ya cit., págs. 413-414; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 274.277.

¹³¹⁰ Tal y como señala GARCÍA DE ENTERRIA, J., “Los pactos de indemnización del administrador cesado”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Paracuellos del Jarama (Madrid), 1996, pág. 1786: “el hecho de que los administradores y los altos directivos de las empresas tiendan con frecuencia a asegurarse indemnizaciones (normalmente cuantiosas, o así suele percibirse) para hacer frente a su posible destitución, y el contraste que tiende a percibirse entre este hecho y la suerte normalmente reservada a los trabajadores ordinarios en caso de pérdida de empleo, ha generado claros e inequívocos perjuicios en contra de esta práctica remuneratoria y una visión general marcadamente negativa de la misma”.

¹³¹¹ Efectivamente, en el apartado 2 del artículo 1 de este RD, que de acuerdo con el artículo 2.1.a) de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del ET (el texto refundido de la Ley del ET se aprobó por el RDL 1/1995 de 24 de marzo), y al amparo de la disposición adicional primera de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, se recoge su ámbito de aplicación en los términos indicados.

¹³¹² A tenor de lo previsto en el apartado 3 del artículo 1 del RD 1382/85 se excluye de su ámbito la actividad delimitada en el artículo 1.3.c) del ET. En opinión de GARCÍA DE ENTERRIA, J., “Los pactos de indemnización del administrador cesado”, ya cit., pág. 1792, la redacción de este artículo da a entender de “forma implícita pero inequívoca la posible existencia de una relación laboral entre un administrador y una sociedad cuando la misma se refiera a cometidos y funciones diversos de los que integran la posición orgánica ocupada por aquel en la organización social, la jurisprudencia no ha dudado en negar con carácter general que entre las relaciones laborales susceptibles de acumulación o de desempeño simultáneo junto al cargo de administrador se encuentre la relación especial de alta dirección”.

¹³¹³ Véase en este sentido VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada: legislación concordada, jurisprudencia y bibliografía*, ya cit., pág. 292, donde, haciendo referencia a la STS de 21 de abril de 2005 (RJ 2005/4132 de Aranzadi), recoge que “no existe contrato de trabajo por la mera actividad de un consejero. Hace falta «algo más». Pero, aun existiendo «algo más», para llegar a una actividad laboral se requiere ajenidad. Cuando los consejeros asumen las funciones de administrador gerente, como sea que estas dos funciones no aparecen diferenciadas en nuestro Derecho, debe concluirse que las primeras absorben las propias de la gerencia, que, en consecuencia, se considerarán mercantiles”.

A mayor abundamiento, “la situación de dependencia jerárquica y de sometimiento a un poder ajeno de dirección, que legalmente define la existencia de cualquier relación de trabajo, es inexistente y puramente ilusoria cuando las funciones de administrador «ejecutivo» (de empleador, en definitiva) y de alto directivo (de empleado) son ocupadas simultáneamente por la misma persona”. Lo cierto es que los administradores vienen a ocupar una posición orgánica en la sociedad “con un contenido funcional mínimo e inderogable, al que se vincula un conjunto de facultades y de deberes típicos”, por tanto a tenor de lo dispuesto en nuestro sistema jurídico-mercantil resulta imposible “admitir que un administrador pueda constituir un vínculo laboral en relación a las funciones y competencias que legalmente ostenta en virtud de la relación orgánica y de administración”¹³¹⁴.

Cuestión distinta es la posibilidad de que en los supuestos de cese anticipado y sin justa causa, se pueda establecer un pacto indemnizatorio a favor de los administradores en base a lo previsto en nuestra legislación societaria y que, por tanto, deberá de venir amparado por el sistema de retribución fijado en los estatutos. Ahora bien, dichos pactos indemnizatorios no podrán, en modo alguno, restringir la libre revocabilidad de los administradores¹³¹⁵.

En consecuencia, este tipo de cláusulas indemnizatorias deberán de estar previstas en los estatutos sociales o, al menos, deberá de existir en los mismos una base que permita su adopción, de forma que el sistema de retribución fijado en los estatutos posibilite, en los supuestos de cese anticipado y sin justa causa, que pueda pactarse una indemnización como un aspecto complementario de la retribución¹³¹⁶.

¹³¹⁴ GARCÍA DE ENTERRIA, J., “Los pactos de indemnización del administrador cesado”, ya cit., págs. 1795, 1796 y 1800.

¹³¹⁵ Doctrinalmente la validez de este tipo de cláusulas es controvertida. Un determinado sector doctrinal considera que las cláusulas que contengan pactos indemnizatorios para el administrador separado son nulas, a no ser que su eficacia se limite a la destitución de un cargo técnico o profesional superpuesto a la estricta relación de administración, en este sentido se pronuncia POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 224. Por otra parte SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores (artículos 123 a 143)”, ya cit., pág. 206, considera que “...pueden estimarse válidas en tanto en cuanto la defensa de los intereses de los administradores que tales cláusulas representan, no incida de modo efectivo en la tutela del interés de la sociedad –protegido por normas imperativas– de poder poner fin de manera discrecional a la relación que la vincula con el administrador. Por consiguiente, la eficacia de tales cláusulas puede admitirse, a nuestro juicio, siempre que, referidas a casos en los que no se haya producido una justa causa de separación del administrador, tengan su base en los estatutos sociales y no restrinjan de hecho la facultad de la libre revocabilidad de los administradores”; en este mismo sentido GARCÍA DE ENTERRIA, J., “Los pactos de indemnización del administrador cesado”, ya cit., pág. 1815, señala que “mientras los pactos indemnizatorios vengán previstos como forma retributiva en los estatutos sociales (por la insoslayable exigencia impuesta por el artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas –actual artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital–), y mientras su importe concreto haya sido determinado en el seno de un procedimiento negociador regular (algo que no ocurriría en los supuestos de autocontratación), no existe ninguna razón jurídica o económica que permita negar la validez de este sistema de remuneración o que aconseje someterlo a una facultad discrecional de revisión por parte de los Tribunales”.

¹³¹⁶ Véase SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores (artículos 123 a 143)”, ya cit., págs. 206-209.

SECCIÓN TERCERA

DISPOSICIONES COMUNES A AMBOS SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El RESE recoge, en la sección tercera del Título III¹³¹⁷, una serie de disposiciones que son comunes al sistema dual y al monista, algunas relativas al estatuto personal de los miembros de los órganos (duración del cargo, administrador persona jurídica, requisitos para el nombramiento, deber de secreto, responsabilidad), otras referentes a los derechos de las minorías o de otras personas o autoridades, así como a las relaciones entre órganos (operaciones sujetas a autorización previa) y al régimen de adopción de acuerdos de los órganos (quórum y mayoría). También, la Ley 19/2005 contiene dos artículos que regulan, con independencia del sistema que se haya elegido, aspectos varios de los diferentes órganos de administración, como son: la responsabilidad de los miembros de los diversos órganos¹³¹⁸ y la impugnación de los acuerdos adoptados por los mismos¹³¹⁹. Seguidamente me ocuparé de estas materias, procediendo a un estudio detallado de los artículos que las contienen y destacando los aspectos más relevantes de su regulación.

II. ASPECTOS RELATIVOS AL NOMBRAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LOS ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA. NOMBRAMIENTOS ESPECIALES

El RESE se ocupa de determinados aspectos relativos al nombramiento de los miembros de los órganos de la SE, como son: la posibilidad de que puedan ser miembro de

¹³¹⁷ De las disposiciones comunes a ambos sistemas de administración se ocupan los artículos 46 a 51 del RESE. Estos artículos hacen referencia al plazo del nombramiento de los miembros de los órganos, a la persona jurídica miembro de los órganos, a los requisitos negativos y positivos del nombramiento, a los derechos que las legislaciones nacionales concedan a las minorías de accionistas o a otras personas o autoridades en el nombramiento de los miembros de los órganos, a las categorías de operaciones sujetas a la autorización del órgano de control, en los sistemas duales o a decisión expresa del órgano de administración, en los sistemas monistas, al deber de secreto, a los quórum de constitución y toma de decisiones, al voto de calidad del Presidente de los órganos, a la responsabilidad de los miembros de los órganos.

¹³¹⁸ En efecto, el artículo 335 del TRLSA (actual artículo 490 de la Ley de Sociedades de Capital) se refiere a la responsabilidad de los miembros de los órganos. Hubiera sido deseable que nuestro legislador hubiera regulado la materia de responsabilidad con más detalle, sobre todo en referencia con el sistema dualista que es desconocido en nuestra legislación, pero se ha limitado a declarar de aplicación a los miembros de los diversos órganos en el ámbito de sus funciones lo previsto en nuestra Ley de Sociedades de Capital para los administradores de las sociedades anónimas nacionales, lo que nos va a exigir una cuidadosa labor de adaptación, sobre todo en relación con el órgano de control del sistema dual.

¹³¹⁹ La impugnación de los acuerdos de los órganos de administración se regirá por lo dispuesto en el artículo 336 del TRLSA (actual artículo 491 de la Ley de Sociedades de Capital). La redacción dada a este artículo es muy similar a la contenida en el artículo 251 de nuestra Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 143 del TRLSA), con la precisión de que los miembros de cada órgano podrán impugnar los acuerdos adoptados por el Consejo o Comisión al que pertenezcan. Cabe apreciar, también, que nada se dice en cuanto a la impugnación por parte de los miembros del órgano de control de los acuerdos de la Junta general, por lo que habrá que acudir, en virtud del sistema de fuentes contenido en el RESE, a lo previsto para los administradores de nuestras sociedades anónimas y, por tanto, considero que debe de reconocerse la legitimación del Consejo de control y de sus miembros a estos efectos.

los órganos las personas jurídicas (sociedades o entidades jurídicas)¹³²⁰, los requisitos exigidos para el nombramiento relativos tanto a las prohibiciones e incompatibilidades (requisitos negativos) como a las condiciones requeridas (requisitos positivos o condiciones particulares)¹³²¹, asimismo, recoge los supuestos de nombramientos especiales (por minorías de accionistas o por otras personas o autoridades), en función de lo que contemplen las diversas legislaciones nacionales¹³²².

1. LA PERSONA JURÍDICA MIEMBRO DE LOS ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

El RESE recoge la posibilidad de que estatutariamente, siempre y cuando la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio de la SE lo permita, se pueda establecer que una sociedad u otra entidad jurídica¹³²³ puedan ser miembros de uno de los órganos de la SE¹³²⁴. Ahora bien, el RESE exige que la sociedad o entidad jurídica designe a un representante persona física para el ejercicio de las funciones del órgano de que se trate¹³²⁵.

Nuestro Reglamento del Registro Mercantil regula el nombramiento del administrador persona jurídica exigiendo constancia de la identidad de la persona física que aquella haya designado para el ejercicio de las funciones del cargo¹³²⁶. La actual Ley de

¹³²⁰ Según lo dispuesto en el artículo 47.1 del RESE, los estatutos de la SE pueden contemplar esta posibilidad excepto cuando la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro donde esté domiciliada la SE disponga lo contrario. Nuestra Ley de Sociedades de Capital contempla expresamente tal posibilidad (artículo 212.1). En la antigua Ley de Sociedades Anónimas esta posibilidad se recogía en el artículo 8. f).

¹³²¹ De esta temática se ocupa el artículo 47.2. y 3 del RESE. El apartado 2 de este artículo hace referencia a las prohibiciones o requisitos negativos que, con carácter general y en abstracto, impiden ser miembro de un órgano con independencia de la procedencia (ya sean elegidos por el capital o por los trabajadores), por contraposición al apartado 3 que establece los requisitos positivos o condiciones particulares que pueden establecerse en el nombramiento de una persona concreta. Estos requisitos o condiciones particulares sólo podrán contemplarse en el caso de los miembros procedentes del capital.

¹³²² Concretamente el artículo 47.4 del RESE hace referencia a ciertos nombramientos especiales que pueden venir determinados en función de lo establecido en la legislación societaria de los Estados miembros. Así, en nuestra Ley de Sociedades de Capital se contempla en el artículo 243 (antiguo artículo 137 del TRLSA) un sistema de representación proporcional y en el artículo 244 (antiguo artículo 138 del TRLSA) un sistema de elección por cooptación.

¹³²³ El RESE emplea una terminología más genérica a efectos de legitimar no sólo a las personas jurídicas, sino a entidades o sociedades que puedan no tener esa cualificación en algunos ordenamientos nacionales. Ahora bien, en ningún caso podrá ser miembro una entidad sin personalidad jurídica (por ejemplo, una comunidad de bienes), puesto que el RESE hace referencia expresa a “una sociedad u otra entidad jurídica”.

¹³²⁴ Efectivamente, el artículo 47.1, párrafo primero del RESE recoge esta posibilidad. Nuestra legislación (artículo 212.1 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 8.f) del TRLSA–) permite que las personas jurídicas sean miembros de los órganos de administración de las sociedades anónimas nacionales, por tanto las SE que decidan establecerse en España podrán estipular, mediante la correspondiente disposición estatutaria, que las personas jurídicas sean miembros de cualesquiera de sus órganos.

¹³²⁵ Tal precisión se recoge en el artículo 47.1, párrafo segundo del RESE. Esta exigencia viene dada en nuestra legislación por el artículo 143.1 del Reglamento del Registro Mercantil, puesto que impide el acceso al registro del nombramiento de la persona jurídica, en tanto en cuanto no conste la designación de la persona física encargada del ejercicio de las funciones propias del cargo y más recientemente por el artículo 212 bis de la Ley de Sociedades de Capital, artículo que ha sido añadido en virtud de lo dispuesto en el apartado doce del artículo primero de la Ley 25/2001, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.

¹³²⁶ Ciertamente, en el artículo 143.1 se recoge esta exigencia, de forma que hasta que no se haga constar la identidad de la persona física designada, no se procederá a la inscripción del nombramiento como administrador de la persona jurídica. El apartado 2 del citado artículo contempla, para el caso de reelección, la continuidad del representante anteriormente designado, en tanto no se proceda expresamente a su sustitución.

Sociedades de Capital establece que “los administradores de la sociedad de capital podrán ser personas físicas o jurídicas”¹³²⁷, además mediante la Ley 25/2011, de 1 de agosto, se añade a la Ley de Sociedades de Capital un nuevo artículo, el 212 bis, que en el apartado 1 recoge la exigencia de designar “a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo”.

El desarrollo de esta figura, hasta llegar a la regulación actual contenida en el RESE, se ha visto condicionado por las posturas adoptadas en torno a la misma, tanto por la doctrina, como por los diversos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros¹³²⁸.

Así como la admisión de una persona jurídica como socio de una sociedad anónima no presenta mayores problemas por lo que respecta al ejercicio de sus derechos de socio,

Si la persona jurídica revoca a su representante persona física deberá proceder al nombramiento de otra persona física en sustitución de la revocada.

¹³²⁷ Lo cierto es que el artículo 212.1 de la Ley de Sociedades de capital reconoce de forma explícita que los administradores pueden ser personas jurídicas. El antiguo artículo 123 del TRLSA no hacía referencia alguna a la posibilidad de que las personas jurídicas pudieran ejercer el cargo de administrador, aunque ciertamente el artículo 8. f) admitía tal posibilidad al indicar que en la escritura de constitución se debía de hacer constar la denominación social si entre las personas designadas inicialmente para encargarse de la administración y representación social se encontraba una persona jurídica. También el artículo 125 del TRLSA dejaba abierta esta posibilidad al admitir la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de las personas jurídicas. Realmente, tal y como dice POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 67: “...se trata de un reconocimiento poco menos que implícito por la vía de exigir la constancia en la escritura de constitución y en la inscripción del nombramiento en el Registro...”.

¹³²⁸ Entre los ordenamientos que admiten la designación de una persona jurídica como administrador de una sociedad anónima se encuentran el francés y el español. Nuestro ordenamiento ha venido concibiendo esta figura de forma más abierta que el ordenamiento francés; en España tanto en el momento fundacional (artículo 8.f) de la Ley de Sociedades Anónimas) como a posteriori, al proceder al nombramiento de los administradores (artículo 125 de la Ley de Sociedades Anónimas), se podía designar como administrador a una persona jurídica. La actual Ley de Sociedades de Capital, con el título de requisitos subjetivos, recoge en su artículo 212.1 que: “los administradores de la sociedad de capital podrán ser personas físicas o jurídicas”; si bien, el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil impide el nombramiento, mediante la denegación de la inscripción, en tanto en cuanto no conste la identidad de la persona física que la persona jurídica haya designado como representante para el ejercicio de las funciones propias del cargo. Exigencia que también se recoge en el artículo 212 bis de la Ley de Sociedades de Capital, artículo incorporado mediante la Ley 25/2011, de 1 de agosto.

La legislación francesa permite que se pueda designar a una persona jurídica como administrador, pero los estatutos sociales podrán excluir o limitar tal posibilidad. La designación puede recaer en cualquier sociedad o entidad que tenga la condición de persona jurídica, pero sólo se admite para los consejeros del Consejo de administración y del Consejo de vigilancia, excluyéndose esa posibilidad para los cargos del Presidente del Consejo de administración, director general o directores delegados de la sociedad anónima que se gobierna por el sistema monista, así como, en el caso del sistema dual, para los miembros del Directorio y para los cargos de Presidente y Vicepresidente del Consejo de vigilancia. Además la persona jurídica nombrada administrador no está sujeta a la limitación de número máximo de puestos que puede desempeñar simultáneamente una misma persona, y deberá de designar un único representante permanente que queda sometido a las mismas condiciones, obligaciones y responsabilidades civiles y penales que si fuera administrador en su propio nombre, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona jurídica que representa; en caso de revocación, la persona jurídica debe de proveer al mismo tiempo a su sustitución.

Por el contrario, los ordenamientos alemanes y austriacos exigen expresamente que los miembros de los órganos de dirección o de vigilancia de las sociedades anónimas sean personas físicas. También nos encontramos con ordenamientos, como el italiano, que guardan silencio al respecto.

Por su parte, el Derecho comunitario, al regular la AEIE, ha tenido en cuenta todas estas diferencias existentes en los Estados miembros, y por ello, el RAEIE remite la solución a lo que cada ordenamiento nacional disponga para las AEIE que se inscriban en el registro nacional correspondiente. En el caso de que un Estado miembro ejerza esa opción, debe prever que se designe “uno o varios” representantes personas físicas cuya identidad habrá de figurar en el registro, así como la forma de actuación y cese, y también que este o estos representantes serán responsables como si ellos mismos fueran administradores de la agrupación. Además, se declara que las prohibiciones para ser administrador se aplicarán a estos representantes. Véase ESTEBAN VELASCO, G., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, ya cit., págs. 641-645.

tanto en Junta general, como fuera de ella, sin embargo, el ejercicio del cargo de administrador por parte de una persona jurídica (sobre todo cuando se realizan funciones ejecutivas) produce más rechazo por la relevancia que el desempeño de un cargo de tal entidad supone para los intereses de la sociedad administrada y por ello, los administradores están sujetos a los deberes de diligencia, fidelidad, lealtad y secreto, siendo responsables del daño que causen por incumplimiento de sus obligaciones legales, estatutarias o de cualquier otro tipo inherentes a sus funciones y en consecuencia, reviste gran importancia el hecho de que los administradores se encuentren sujetos al control de la sociedad administrada en el nombramiento, revocación y exigencia de la responsabilidad sin la interferencia de otros, puesto que en los supuestos de administrador persona jurídica la relación existente entre dicho administrador persona jurídica y su representante persona física interfiere en las relaciones existentes entre éste último y la sociedad administrada. Precisamente, esa interferencia es la que ha planteado más problemas para la admisibilidad de la figura del administrador persona jurídica.

Los Proyectos de Estatuto de SE de 1970¹³²⁹ y 1975¹³³⁰ no admitían esta posibilidad; sólo las personas físicas podían ser miembros de los órganos de dirección y de vigilancia. El Proyecto de 1989¹³³¹ sometía este tema a la autonomía de la voluntad; mediante la adopción de las correspondientes disposiciones en los estatutos sociales se podía designar como miembro de cualquier órgano de administración (Dirección, Consejo de vigilancia, Consejo de administración) a una persona jurídica, sí bien se exigía, en el supuesto de que los estatutos recogieran tal posibilidad, la obligatoriedad de designar una persona física que la representase, la cual quedaba sometida a las mismas condiciones y obligaciones que si fuera personalmente miembro de dicho órgano y asimismo, la persona jurídica o sociedad representada respondía solidaria e indefinidamente de las obligaciones derivadas de la responsabilidad civil de su representante. La propuesta de 1991¹³³² permitía la estipulación en los estatutos siempre que dicha estipulación no entrara en colisión con lo previsto en la ley aplicable a las sociedades anónimas del domicilio de la SE; también exigía el nombramiento de un representante persona física que quedaba sujeto a las mismas condiciones y obligaciones que si fuera personalmente miembro del correspondiente órgano, sin embargo, al contrario que su antecesor, no hacía pronunciamiento alguno sobre cuestiones de responsabilidad. Esta última redacción es la acogida por el RESE¹³³³, con la salvedad de que no hace referencia alguna al tema relativo a las obligaciones y condiciones de la persona designada en representación de la entidad jurídica¹³³⁴.

¹³²⁹ En efecto, el Proyecto de 1970 en el artículo 63.2, relativo al el Comité de dirección, se establecía que “sólo las personas físicas pueden ser nombradas miembros de la dirección” y en el artículo 74.2, concerniente a los miembros del Consejo de vigilancia, se preceptuaba que “sólo las personas físicas pueden ser miembros del Consejo de vigilancia”.

¹³³⁰ Por lo que respecta al Comité de dirección el artículo 63.3 del Proyecto de 1975 disponía que “sólo podrán ser nombradas miembros del Comité de dirección personas físicas” y el artículo 74.1, en lo tocante a los miembros del Consejo de vigilancia, establecía que “sólo podrán ser miembros del Consejo de vigilancia las personas físicas”.

¹³³¹ Según lo dispuesto en el artículo 69.1 del Proyecto de 1989, “en el caso de que los estatutos de la SE estipulen que pueda ser miembro de un órgano una persona jurídica o una sociedad, ésta deberá designar a una persona física como representante en el ejercicio de sus funciones en el referido órgano...”.

¹³³² A tenor de lo previsto en el artículo 69.1 del Proyecto de 1991, “los estatutos de la SE podrán estipular que una sociedad u otra entidad jurídica pueda ser miembro de un órgano, excepto cuando ello contravenga la ley del domicilio de la SE aplicable a las sociedades anónimas...”.

¹³³³ Lo cierto es que el artículo 47.1 del RESE contiene una redacción prácticamente idéntica al artículo 69.1 del Proyecto de 1991 y, en consecuencia, establece que “los estatutos de la SE podrán estipular que una sociedad u otra entidad jurídica pueda ser miembro de uno de sus órganos, excepto cuando la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro donde esté domiciliada la SE disponga lo contrario...”.

¹³³⁴ La forma en que el RESE regula esta materia es un claro reflejo de los avatares por los que ha pasado el estatuto de la SE, mostrando una clara oposición en los primeros Proyectos de 1970 y 1975 (reflejo

Por lo tanto, según lo dispuesto en el RESE, la posibilidad de elegir una persona jurídica como miembro de los órganos de la SE está condicionada por lo previsto para las sociedades anónimas nacionales y en última instancia, siempre y cuando la legislación nacional del domicilio de la SE lo permita, será la autonomía de la voluntad expresada estatutariamente la que decida este extremo. Como última cautela se exige el nombramiento de un representante persona física¹³³⁵.

Nada más se dice sobre su régimen y por tanto, al tratarse de una materia no regulada habrá que acudir, de acuerdo con el sistema de fuentes, a lo previsto para las sociedades anónimas en la legislación nacional del domicilio de la SE y a las disposiciones estatutarias en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas del domicilio de la SE¹³³⁶, sin olvidar la particularidad que supone la remisión a lo previsto para las sociedades anónimas en la legislación del Estado miembro donde la SE tenga su domicilio, máxime teniendo en cuenta que en algunos países sólo se conoce un sistema de administración (monista o dual) y que según lo dispuesto en el RESE, las SE podrán optar por cualquiera de los dos sistemas¹³³⁷.

Por tanto, el problema puede presentarse en relación con la regulación que posibilite a las entidades jurídicas el acceso como miembro de órganos que no estén regulados para las sociedades anónimas nacionales, ya que en este caso y en virtud de lo preceptuado en el RESE¹³³⁸, el legislador correspondiente podrá introducir las disposiciones que considere oportunas. Por razones de mera coherencia será aconsejable que esta regulación complementaria se efectuó con los mismos criterios seguidos para los sistemas ya regulados por su ordenamiento jurídico nacional. La Ley 19/2005, de 14 de noviembre sobre la SE domiciliada en España no establece regla alguna sobre esta materia. En relación con el sistema monista se limita a declarar aplicable al órgano de administración lo establecido

de la influencia germánica imperante en esos momentos), con una fase intermedia (Proyecto de 1989), hasta llegar a la posición minimalista actual en la que se tiene en cuenta esta posibilidad, pero remitiéndose a lo que estatutariamente se disponga en función de lo que el Estado miembro del domicilio de la SE estipule para sus sociedades anónimas.

¹³³⁵ Las previsiones contenidas en el RESE sobre esta materia (artículo 47.1) están por debajo de lo dispuesto para las AEIE, ya que aunque el RAEIE 2137/85, de 25 de julio, hace una remisión a lo dispuesto en cada ordenamiento jurídico nacional para las AEIE que se inscriban en su Registro nacional, sin embargo, en el supuesto de que un Estado miembro ejerza dicha opción deberá prever que se designe uno o varios representantes personas físicas cuya identidad deberá de figurar en el Registro, así como la forma de actuación y cese, y también, que este o estos representantes serán responsables como si ellos mismos fueran administradores de la AEIE. A mayor abundamiento, se declara que las prohibiciones para ser administrador se aplicarán a estos representantes.

¹³³⁶ A tenor de lo dispuesto en el artículo 9.1.c) ii) y iii) del RESE, al tratarse de una materia regulada sólo en parte se deberán de tener en cuenta, para los aspectos no cubiertos, en primer lugar las disposiciones que adopten los Estados miembros en aplicación de las medidas comunitarias que se refieran específicamente a las SE, en segundo lugar las disposiciones legales que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales y en tercer lugar resultarán aplicables las disposiciones de los estatutos en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas nacionales.

¹³³⁷ Lo cierto es que el RESE en su artículo 38 b) recoge la posibilidad de opción entre el sistema dual o el sistema monista de administración. Ahora bien, la opción ejercitada deberá de hacerse constar en los estatutos sociales. A tales efectos, el RESE contiene una autorización genérica de regulación (artículo 39.5 para el sistema dual y artículo 43.4 para el sistema monista), en virtud de la cual, los Estados miembros, que desconozcan en el ordenamiento jurídico societario nacional uno de los dos sistemas de administración, podrán adoptar las medidas que consideren pertinentes en orden a su regulación, con el fin de garantizar el ejercicio de la libre opción que el artículo 38 b) otorga.

¹³³⁸ Recordemos que el RESE contiene una autorización de carácter genérico en el artículo 39.5, por lo que respecta al sistema de administración dual y en el artículo 43.4 en lo tocante al sistema monista, esta autorización permite a los Estados miembros que desconozcan en su ordenamiento jurídico uno de los dos sistemas, adoptar las disposiciones legales pertinentes en orden a la regulación del sistema que les es desconocido y, por tanto, podrán regular la posibilidad de que las personas jurídicas sean miembros de los órganos del sistema que es desconocido en su legislación societaria, aún cuando esta posibilidad no se dé en el sistema previsto en su ordenamiento jurídico para sus sociedades anónimas nacionales.

para las sociedades anónimas nacionales¹³³⁹ y en cuanto al sistema dual no hace previsión alguna, por tanto, en mi opinión, las SE que decidan establecerse en España y opten por el sistema monista podrán en cualquier momento designar a una persona jurídica como miembro del órgano de administración, puesto que nuestra Ley de Sociedades de Capital recoge expresamente la posibilidad de que los administradores sean personas físicas o jurídicas y tal disposición será de aplicación a las SE en virtud de lo previsto en la Ley 19/2005, que se remite en cuanto a la regulación del sistema monista a lo dispuesto en nuestra legislación para los administradores de las sociedades anónimas nacionales (artículo 477 de la Ley de Sociedades de Capital); pero el problema puede plantearse en el caso de que opten por un sistema dual, ya que en este supuesto nuestro legislador no ha hecho previsión alguna y por tanto, según lo dispuesto en el RESE¹³⁴⁰, las SE que decidan establecerse en nuestro territorio y opten por el sistema dual deberán prever en sus estatutos la posibilidad de designar a una entidad jurídica como miembro de cualquiera de los dos órganos (órgano de dirección y Consejo de control). Es importante tener en cuenta que como legalmente no se recoge en nuestra legislación esta posibilidad para las SE que decidan establecerse en España y que opten por el sistema dual, si quieren contar con la posibilidad de nombrar como administrador de cualquiera de sus órganos a una persona jurídica, a tenor de lo previsto en el RESE, deberán de hacerlo constar expresamente en sus estatutos sociales¹³⁴¹.

En cuanto a la terminología empleada por el RESE al referirse a “sociedad u otra entidad jurídica”, lo que se intenta es acoger en sentido amplio cualquier ente capaz de tener un funcionamiento autónomo de sus componentes, ya que el término persona jurídica no tiene la misma acepción en todos los ordenamientos jurídicos de los diversos Estados miembros y su utilización limitaría la intencionalidad del RESE que, como ya he indicado, va dirigida a cualquier ente capaz de adquirir derechos y obligaciones por sí mismo, con independencia de las personas que lo integren¹³⁴². En Derecho español el término persona jurídica es concebido con una amplitud suficiente que permite acoger cualquier sociedad civil o mercantil, agrupación de interés económico, cooperativas, cajas de ahorros,

¹³³⁹ Lo cierto es que a tenor de lo dispuesto en el artículo 328 del TRLSA (actual artículo 477 de la Ley de Sociedades de Capital), el régimen aplicable al órgano de administración de las SE que decidan establecerse en España y opten por un sistema monista será el establecido en la Ley de Sociedades de Capital para los administradores de nuestras sociedades anónimas, dejando a salvo lo dispuesto en el RESE y en la Ley que regula la implicación de los trabajadores.

¹³⁴⁰ En efecto, el RESE al regular en el artículo 47.1 el nombramiento de una persona jurídica como miembro de los órganos otorga a la autonomía de la voluntad, expresada a través de los estatutos, una autorización específica condicionada a que dicha figura sea admitida por la legislación nacional.

¹³⁴¹ La facultad que se concede es una facultad estatutaria y no legal. Cada SE puede libremente establecerla o no (siempre que la legislación del Estado miembro de su domicilio admita tal posibilidad – artículo 47.1 *in fine* del RESE–), pero si quiere que se le reconozca esta posibilidad debe de introducir, bien en sus estatutos fundacionales, o bien a posteriori mediante la correspondiente modificación, la oportuna cláusula específica. Esta exigencia estatutaria no es necesaria para una sociedad anónima española (artículo 212.1 de la Ley de Sociedades de Capital, antiguos artículos 8. f) y 125 de la Ley de Sociedades Anónimas), puesto que el régimen de administración contemplado para nuestras sociedades anónimas es el monista y por tanto, cuenta con regulación, ya que nuestra Ley de Sociedades de Capital recoge, expresamente, que: “los administradores de la sociedad de capital podrán ser personas físicas o jurídicas”. Ahora bien, al no haber regulado nuestro legislador este extremo para la SE que opten por el sistema dual, si las SE que se establezcan en nuestro territorio y opten por el sistema dual de administración quieren tener la posibilidad de nombrar a una persona jurídica miembro del órgano de dirección o de control, deberán de adoptar la correspondiente disposición estatutaria al respecto.

¹³⁴² Esta puntualización es importante, puesto que el artículo 19.2 del RAEIE limita el acceso a quienes, según la legislación nacional del domicilio, tengan la condición de persona jurídica, por lo que quedarían excluidas las sociedades y otros tipos de entidades a las que el ordenamiento jurídico del país en cuestión no reconozca la condición de persona jurídica. Por su parte la SCE se remite al artículo 48 del TCE que hace referencia a las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso a las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que persigan un fin no lucrativo.

asociaciones, etc.,¹³⁴³ pudiendo, en consecuencia, cualquiera de estas entidades jurídicas ser designadas miembros de los órganos de una SE domiciliada en España.

¹³⁴³ En efecto, según lo estipulado en el artículo 35 del CC son personas jurídicas las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley, así como las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados (véase también, el artículo 38 del CC, relativo a la capacidad de las personas jurídicas). A sensu contrario, el artículo 1669 del citado cuerpo legal establece que no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros y por tanto, se registrarán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. Por su parte, el artículo 116 del C.Com. determina que las compañías mercantiles, una vez constituidas, tendrán personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.

En cuanto a las fundaciones puede consultarse DURÁN RIVACOBÁ, R., *El Negocio Jurídico Fundacional*, monografías Aranzadi, número 50, Aranzadi, Pamplona, 1996. Concretamente en las págs. 43-44 de la citada obra se hace referencia al negocio fundacional y se señala que “por negocio fundacional se comprende un conjunto de actos voluntarios que originan, o, al menos, ponen las bases para la constitución en el Derecho de una nueva persona jurídica de dicha naturaleza. A diferencia de las asociaciones... la *ratio* de las fundaciones consiste, a grandes rasgos, en la voluntad de una persona, o de un grupo de individuos, que destinan un patrimonio para cumplir un determinado fin. Tal asignación de bienes o derechos no sólo comporta su cualidad de patrimonio separado, sino que llega incluso a personalizarlo, por la conjunción de unos órganos gestores independientes, y la existencia de un interés benéfico y colectivo en el propósito buscado mediante su creación”. También, en relación con las fundaciones, véase DURÁN RIVACOBÁ R., “Comentario a las Leyes 44 a 47 del Fuero Nuevo o Compilación de Derecho Civil de Navarra (Fundación, Régimen, Facultades del Patronato, Reversión)”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBADALEJO GARCÍA, M., (director), Tomo XXXVI, Vol. 1, Edersa, Madrid, 1990, págs. 65-88; DURÁN RIVACOBÁ R., “Las fundaciones en el Derecho Foral Navarro”, *Temas de Derecho Civil Foral Navarro*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 137-156.

En cuanto a las fundaciones y asociaciones asturianas puede consultarse, DURÁN RIVACOBÁ R., “Fundaciones y asociaciones”, *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias: estudio sistemático*, ARCE JANÁRIZ, A., (coordinador), Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2003, págs. 451-465, específicamente en la pág. 454, señala que “Todavía existe una última categoría, materializada por las hipótesis en que, careciendo de Derecho foral, tampoco hay Ley, pero sí desarrollo normativo inferior acerca del Registro de Fundaciones y Protectorado, como serían los ejemplos de Valencia, Castilla y León, Asturias... y Cantabria. En todas ellas, sus correspondientes Estatutos de Autonomía contemplaban su competencia en el asunto y tales Reglamentos son tributarios de la Ley estatal de 1994, y por consiguiente, también de la Ley de 2002.

Con dichos presupuestos, no han dejado de presentarse dificultades en cuanto la necesaria coordinación de las distintas normas concurrentes a causa de la competencia, la cronología y la especialidad. Cabe decir que se ha reincidido en uno de los mayores vicios que lastraba el antiguo sistema jurídico de fundaciones: su enorme dispersión, si bien por muy variados motivos, ahora más de competencia que sectorial. En su previsión o remedio, según el caso, la Ley de 2002 se arroga de discutibles monopolios competenciales, que francamente desdican de su presumible acierto cuando recaba para sí amplias facetas con dudosa *vis atractiva*”; DURÁN RIVACOBÁ R., “El Registro de fundaciones asistenciales de Asturias”, *Derechos Civiles de España*, volumen IV, BERCOVITZ, R. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J., (directores), Sopec, Madrid, 2000, págs. 2425-2451; DURÁN RIVACOBÁ R., *Ejercicio por el Principado de Asturias de sus competencias legislativas en Derecho Civil*, Universidad de Oviedo, Servicio de publicaciones, Oviedo, 2007, concretamente en relación con la regulación de la materia en el Principado de Asturias, en la pág. 66 recoge: “... a falta de una Ley, prosperan varios Reglamentos, sin coordinación interna, al servicio de las normas estatales previas a su reforma última, y destinados a distintos sectores por razón del objeto... Me ahorraré por ahora expresiones de cuanto me produce semejante desorden y desidia de los poderes públicos del Principado, que habla por sí mismo de la trascendencia que se quiere otorgar a esta materia, máxime cuando los primeros e idénticos Reglamentos son tributarios de una Ley estatal hace tiempo sustituida, que pervive gracias al mimetismo con que la nueva del año 2002 refleja su precedente de 1994; mientras el último se ajusta en sus términos al nuevo marco legal común de fundaciones.

Es lo cierto que, al menos, existe algún tipo de previsión normativa, por muy dispersa y confusa que sea...”.

A. REQUISITOS DEL NOMBRAMIENTO, ACEPTACIÓN Y OTRAS CUESTIONES RELATIVAS A SU ESTATUTO

En principio los requisitos exigidos para la persona jurídica son los mismos que se exigen a cualquier otra persona que sea miembro de alguno de los órganos, aunque deberá de tenerse en cuenta lo previsto a estos efectos, tanto en el RESE, como en las respectivas legislaciones nacionales, en relación con el órgano del que vaya a formar parte. Sin embargo, presenta algunas diferencias por ser un ente de tipo jurídico, ya que aunque en principio está sujeta al mismo régimen de prohibiciones e incompatibilidades, algunas de ellas no le alcanzan por su propio carácter, como las relativas a la edad, incapacitación, etc.

En cuanto a la aceptación pueden darse dos supuestos: que la entidad designada miembro sea una entidad española, en cuyo caso la aceptación se efectuará mediante acuerdo del órgano de administración de la entidad designada o bien, que se trate de una entidad extranjera, en cuyo caso la aceptación deberá efectuarse según los requisitos que recoja la legislación del país de la entidad jurídica designada. En todo caso, al tener la SE domicilio en España el nombramiento no surte efecto hasta su aceptación¹³⁴⁴. Además, según lo dispuesto en el RESE¹³⁴⁵, se vincula el nombramiento del ente jurídico a la designación de persona física que lo represente; sin embargo nada dice sobre el momento en que debe efectuarse tal designación, aunque teniendo en cuenta que la designación de la persona física es necesaria para el ejercicio de los poderes en el órgano de que se trate, lo normal es que vaya unida a la aceptación, ya que en caso contrario no se podrían ejercer los correspondientes poderes.

Para las SE domiciliadas en España, al tratarse de una materia que está parcialmente regulada en el RESE, se aplicará, por remisión lo previsto en este caso para las sociedades anónimas en el Reglamento del Registro Mercantil¹³⁴⁶ que exige que la aceptación de la

¹³⁴⁴ Según lo dispuesto por el artículo 214.3 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 125 del TRLSA) “el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación”. Por tanto, se está otorgando naturaleza contractual a la relación jurídica entre la sociedad y el administrador, según sostiene buena parte de nuestra doctrina, véase, en este sentido, POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 50-51, donde señala que “el nombramiento de los administradores constituye un negocio jurídico bilateral que necesita dos declaraciones de voluntad: la designación por la Junta general y, a tenor de lo establecido en el artículo 125 (actual artículo 214.3 de la Ley de Sociedades de Capital), la aceptación del administrador, siendo de rechazar la postura que ve en la aceptación un simple *conditio iuris* o presupuesto de eficacia para el acto unilateral de proposición o el concurso –y no encuentro– de dos voluntades unilaterales”. Ahora bien, frente a esta concepción contractual nos encontramos, según señala SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores (artículos 123 a 143)”, ya cit., págs. 67-68, con “la tesis que vincula la concepción de esa relación jurídica sustancialmente a la asunción por parte del administrador de la titularidad del órgano de administración y, en definitiva, a la organización de la propia sociedad en la forma estructurada por la Ley y los estatutos sociales, de manera que el nombramiento y la aceptación no se funden, sino que esta es una condición precisa para que el acuerdo del nombramiento produzca sus efectos”, más adelante añade “...tanto el acuerdo de nombramiento... como la declaración de aceptación no creemos que tengan la naturaleza de unas declaraciones dirigidas a perfeccionar un contrato, sino que su función es la de ser los actos necesarios, establecidos por la Ley, para la elección de una determinada persona para desempeñar un cierto cargo (en este caso el de administrador que acepta el ejercicio del mismo), bajo las condiciones establecidas por la propia Ley y los estatutos sociales que disciplinan la estructura del órgano administrativo y, por tanto, la relación jurídica entre la sociedad y el titular (o titulares) del órgano, que se incardina en la organización de la sociedad”.

¹³⁴⁵ Lo cierto es que el artículo 47.1 párrafo segundo del RESE impone a las personas jurídicas nombradas miembros de alguno de los órganos de la SE la obligación de designar a una persona física para el ejercicio de las funciones que le competan en el órgano de que se trate. Tal exigencia la encontramos también, en nuestra Ley de Sociedades de Capital; en efecto, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, ha añadido un nuevo artículo, el 211 bis, que en su apartado 1 recoge que “en caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, será necesario que está designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo”.

¹³⁴⁶ Concretamente en el artículo 143, ya que la remisión hecha por el RESE a la legislación nacional del domicilio de la SE debe entenderse en sentido amplio, por lo que entiendo que son de aplicación las

persona jurídica administradora vaya unida a la designación del representante persona física, ya que en caso contrario se denegará la inscripción. Además, habrá que tener en cuenta que mediante la Ley 25/2011, de 1 de agosto se ha incorporado a nuestra Ley de Sociedades de Capital el artículo 212 bis y en el apartado 1 de dicho artículo se estipula que cuando una persona jurídica sea nombrada administrador será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo¹³⁴⁷.

En relación con otros aspectos como pueden ser los relativos al cese, remuneración, deberes¹³⁴⁸, responsabilidad, etc., en principio será de aplicación el régimen general derivado de la relación de administración o control (según el órgano del que sea miembro la entidad jurídica) con la sociedad administrada.

B. DESIGNACIÓN Y RÉGIMEN DE LA PERSONA FÍSICA REPRESENTANTE

El RESE expresa la obligatoriedad de nombrar una persona física para poder ejercer los poderes correspondientes¹³⁴⁹, pero nada más dispone sobre el régimen de la persona física designada¹³⁵⁰, por lo que habrá que acudir a la legislación establecida para las sociedades anónimas del domicilio de la SE¹³⁵¹.

En Derecho español encontramos sólo algunas referencias, como son: la obligación de designar a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias

disposiciones reglamentarias. Por consiguiente, a tenor de lo previsto en el citado artículo 143, no se procederá a inscribir el nombramiento de la persona jurídica en tanto no conste la identidad de la persona física por ella designada (representante de la persona jurídica miembro) para el ejercicio de las funciones propias del cargo. A mayor abundamiento, el artículo 212 bis de la Ley de Sociedades de Capital establece la necesidad de nombrar a una persona física para el ejercicio de las funciones del cargo.

¹³⁴⁷ A mayor abundamiento, el apartado 2 del artículo 212 bis de la Ley de Sociedades de Capital establece que “la revocación de su representante por la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya...”.

¹³⁴⁸ En cuanto a los deberes de la persona física representante de la persona jurídica administradora, debo decir que la persona física deberá de observar lo previsto en el Título VI, Capítulo III, artículos 225 a 232 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 127 a 127 quáter del TRLSA). En este sentido PRADA GONZÁLEZ, J. M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Paracuellos del Jarama (Madrid), 1996, pág. 2326, señala que “...respecto a la sociedad administrada deberá actuar con la diligencia que exige el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas (actuales artículos 225 a 232 de la Ley de Sociedades de Capital), mientras que respecto de la sociedad representada, su actuación deberá juzgarse con los parámetros establecidos en las normas de la representación. El choque, que en ocasiones puede producirse entre ambas fidelidades, puede ser delicado y de difícil solución”.

¹³⁴⁹ En efecto, el artículo 47.1, párrafo segundo determina la obligatoriedad de designar a una persona jurídica para el ejercicio de los poderes del órgano de que se trate (Dirección, Consejo de control o administración).

¹³⁵⁰ En el Proyecto de 1989, la persona física designada quedaba sometida a las mismas condiciones y obligaciones que si fuera personalmente miembro de dicho órgano y asimismo, respondía solidaria e indefinidamente de las obligaciones derivadas de la responsabilidad civil de su representante (artículo 69.1). En el Proyecto de 1991, la persona física quedaba sujeta a las mismas condiciones y obligaciones que si fuera personalmente miembro del correspondiente órgano, sin embargo, al contrario que su antecesor, no hacía pronunciamiento alguno sobre cuestiones de responsabilidad (artículo 69.1, párrafo segundo *in fine*).

¹³⁵¹ Ni la Ley de Sociedades de Capital ni el Reglamento del Registro Mercantil dicen a quien corresponde designar a la persona física representante del administrador persona jurídica, por lo que debemos entender que tal facultad corresponde en principio al órgano de administración. En este sentido PRADA GONZÁLEZ, J. M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, ya cit., pág. 2318, entiende que “la facultad de nombrar el representante puede ser objeto de delegación por el Consejo, ya en un Consejero delegado, ya en una Comisión ejecutiva, e incluso cabe entenderla implícitamente delegada si hay una fórmula genérica de delegación de facultades de gestión y administración de la sociedad”.

del cargo¹³⁵², la prohibición de la inscripción del nombramiento de la persona jurídica hasta que no se haya designado persona física que la represente¹³⁵³, la continuidad en el cargo de la persona física cuando se reelige a la persona jurídica a la que representa¹³⁵⁴, la inoperancia de la revocación del representante persona física hasta que la persona jurídica miembro no designe a otra persona física que sustituya a la revocada¹³⁵⁵. Además, en la Ley 26/2003, de 17 de julio¹³⁵⁶, se delimitan las personas que se consideran vinculadas a los administradores personas jurídicas¹³⁵⁷ y se aclara a quien incumbe guardar el deber de secreto cuando el administrador sea una persona jurídica¹³⁵⁸.

Ahora bien, el régimen de la persona física designada viene determinado, principalmente, por las relaciones que se establecen entre la persona jurídica miembro y su representante y, entre éste y la sociedad en la que ejerce los poderes en el órgano correspondiente. En el primer caso la relación mantenida es de representación¹³⁵⁹, pero en el segundo caso la relación resulta mucho más complicada, no debemos olvidar que la cualidad de miembro del órgano correspondiente la ostenta la persona jurídica y por consiguiente, no se da una relación jurídica directa entre la persona física y la sociedad administrada y al no hacer el RESE pronunciamiento alguno sobre los deberes y responsabilidades del representante persona física en relación con el ejercicio del cargo, se deberá acudir a lo previsto para las sociedades anónimas del domicilio de la SE, si bien,

¹³⁵² Esta obligación viene impuesta por el artículo 212.1 bis de la Ley de Sociedades de Capital que ha sido incorporado a la misma en virtud de lo dispuesto en el artículo primero, apartado 12 de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, publicada en el BOE número 184, de 2 de agosto de 2011.

¹³⁵³ A tenor de lo estipulado en el artículo 143.1 del Reglamento del Registro Mercantil no se procederá a la inscripción del nombramiento de la persona jurídica-administrador en tanto en cuanto ésta no haya designado a la persona física que la represente en el ejercicio de las funciones propias del cargo.

¹³⁵⁴ Según dispone el artículo 143.2 del Reglamento del Registro Mercantil en el supuesto de reelección de la persona jurídica para el cargo, el representante que hubiera sido designado continuará en el ejercicio de las funciones propias del cargo, en tanto en cuanto no se proceda a su sustitución.

¹³⁵⁵ De acuerdo con lo establecido en el artículo 212.2 bis, incorporado a nuestra Ley de Sociedades de Capital en virtud de lo dispuesto en el punto doce del artículo primero de la Ley 25/2001, de 1 de agosto. El apartado 2 del artículo 212 bis determina que “la revocación de su representante por la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya...”.

¹³⁵⁶ Esta Ley modificaba la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores y el TRLSA con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas y en el apartado cinco de su artículo segundo introducía el artículo 127 ter., donde se definía qué personas se consideraban vinculadas al administrador persona jurídica.

¹³⁵⁷ La actual Ley de Sociedades de Capital, que ha derogado el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, ha recogido el contenido del antiguo artículo 127 ter, 5, párrafo segundo en su artículo 231.2 y concretamente en el apartado d) del mencionado artículo, se recoge que también se considerarán personas vinculadas al administrador persona jurídica “las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior”, esto es, el cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos etc., de la persona física representante.

¹³⁵⁸ Efectivamente, el artículo 232.3 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 127 quáter 2. del TRLSA) establece que “cuando el administrador sea persona jurídica, el deber de secreto recaerá sobre el representante de ésta, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación que tengan de informar a aquélla”.

¹³⁵⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979, pág. 64, define la representación como “aquella situación jurídica en que una persona presta a otra su cooperación mediante una gestión de asuntos en relación con terceras personas”. Por tanto, tal y como señala PRADA GONZÁLEZ, J. M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, ya cit., pág. 2319, “el administrador es la persona jurídica nombrada y el representante es sólo quien en su nombre y por cuenta de ella actúa en el ejercicio y no en la titularidad del cargo”, más adelante, en la pág. 2320, añade “se produce una situación compleja trilateral típica del fenómeno representativo...en el cual intervienen tres tipos de sujetos cuyos intereses se ven o pueden verse afectados por el desarrollo del fenómeno representativo”.

previamente, dado el complejo carácter de las relaciones que se establecen entre la persona física y las personas jurídicas, tanto la representada¹³⁶⁰ como la administrada,¹³⁶¹ resulta de interés fijar la posición jurídica del representante persona física.

Determinar tal posición resulta complejo, ya que la interposición de la persona física a modo de intermediario entre la persona jurídica miembro y la persona jurídica administrada configura una posición cercana al mandato, puesto que se permite a la persona jurídica miembro dar las instrucciones que considere pertinentes para el ejercicio de los poderes por parte de la persona física, en el órgano que corresponda de la sociedad administrada. En Derecho español, aplicando la normativa relativa al mandato¹³⁶², las responsabilidades por las infracciones cometidas por el representante serán exigibles a la persona jurídica miembro (como titular de la relación jurídica de administración), pudiendo ésta, a su vez, repetir contra la persona física siempre que medie culpa en su actuación, ya que nada se le podrá exigir si se ha limitado a seguir las instrucciones de su representada¹³⁶³.

La designación de la persona física representante¹³⁶⁴ puede recaer en un miembro del órgano correspondiente de la entidad jurídica (órgano que es el encargado de adoptar el acuerdo de aceptación y de designar a su representante) o en una persona ajena a dicho órgano, vinculada (p. ej., un trabajador) o no, a la entidad jurídica miembro¹³⁶⁵. En cuanto a

¹³⁶⁰ La persona física mantiene una relación de representación con la persona jurídica administradora. Tal y como recoge SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 59: "...la relación que surge entre ésta como administrador y el representante ha de calificarse como de verdadera representación en cuanto coopera mediante una gestión en sus asuntos con la sociedad en la que la persona jurídica ocupa, el cargo de administrador. Por otro lado, ha de entenderse que el representante, si bien carece de la condición de administrador ha de ejercitar en nombre y por cuenta ajena las funciones propias del cargo, ha de tener la capacidad y no incurrir en las prohibiciones e incompatibilidades establecidas en el artículo 124 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital) y habrá de actuar con la diligencia exigible al administrador".

¹³⁶¹ Entre la persona jurídica administradora y la persona jurídica administrada se establece una relación de carácter orgánico, pudiéndose decir que la relación que se establece entre la persona física en el ejercicio de los poderes correspondientes y la jurídica administrada sería de carácter orgánico derivado (ya que actúa en representación de la persona jurídica administradora).

¹³⁶² Nuestro CC estipula en su artículo 1725 que "el mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes". En relación con éste artículo, véase la STS de 10 de noviembre de 2006 (RJ 135265/2006 de la Ley) donde se recoge que "cuando el representante celebra el contrato no en nombre propio sino en el de su poderdante -«*alieno nomine*» o con «*contemplatio domini*»-, dando así a conocer a la otra parte que el asunto es ajeno y que no asume los efectos de la gestión, estos se producen directamente en la esfera jurídica del representado como si hubiera sido él, y no el apoderado, quien hubiera contratado. Ello es consecuencia de haberse producido una concorde voluntad de dotar de heteroeficacia a la actuación de éste último, que desaparece de la escena de producción de los efectos. Así lo establece, para el caso de que entre representante y representado medie una relación de mandato, el artículo 1725 CC, a cuyo tenor el mandato -representante-, cuando obre en concepto de tal, no responde personalmente a la parte con quien contrata".

¹³⁶³ En cuanto al ámbito subjetivo de la responsabilidad en los supuestos de administrador persona jurídica, véase RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 52; MARTÍNEZ SANZ, F., "Ámbito subjetivo de la responsabilidad" *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 73-75.

¹³⁶⁴ Como ya he indicado con anterioridad, al hacer referencia al nombramiento de la persona jurídica, existe una vinculación entre la aceptación de dicho nombramiento y la designación de la persona física representante. A mayor abundamiento, el artículo 47.1, párrafo segundo del RESE exige que se designe a una persona física para el ejercicio de los poderes en el órgano de que se trate

¹³⁶⁵ A estos efectos, habrá que tener en cuenta, en su caso, las disposiciones estatutarias. En cualquier caso, tal y como señala PRADA GONZÁLEZ, J. M., "la persona jurídica administradora de una sociedad anónima", ya cit., pág. 2320, "...la representación puede tener su fundamento no sólo en un contrato de mandato, sino también en un contrato de servicios, de trabajo o de sociedad... ese fundamento depende de la posición que el representado tenga en la persona jurídica administradora. Si forma parte de la estructura

las condiciones y obligaciones a las que debe quedar sujeta la persona física representante en el ejercicio del cargo, dada su especial posición de persona interpuesta entre la entidad jurídica miembro y la SE administrada, surge la duda de si a la misma le son aplicables los requisitos que legalmente, estatutariamente o reglamentariamente, sean exigibles a los miembros de los órganos que van a actuar en su propio nombre¹³⁶⁶. En el ordenamiento jurídico español tampoco existe ninguna norma que asimile las condiciones del miembro persona física representante con las del miembro designado a título personal, pero la opinión mayoritaria, a la que me adhiero, es la de exigir, siempre que sea posible, los mismos requisitos, tanto legales, como estatutarios o reglamentarios¹³⁶⁷ que sean de aplicación a los miembros que actúan en su propio nombre¹³⁶⁸.

Por disposición expresa del RESE¹³⁶⁹, la designación debe de recaer en una sola persona física¹³⁷⁰, aunque los ordenamientos jurídicos nacionales recojan otras posibilidades¹³⁷¹. Salvo que la persona física representante renuncie o sea sustituida continuara en el ejercicio de las funciones correspondientes mientras la persona jurídica representada mantenga su nombramiento, por lo tanto, en caso de reelección de la persona

administrativa de la persona el fundamento de la representación será bien una relación de servicio, bien una relación de órgano de la misma, mientras que si el representante nombrado es ajeno a la persona jurídica que lo nombra, el fundamento de la representación será, más bien, un mandato”.

¹³⁶⁶ Este problema se hubiera solventado si se hubiera recogido en el RESE lo dispuesto a estos efectos en el artículo 69.1 de los Proyectos de SE de 1989 y 1991, que establecía que la persona física designada quedaba sometida a las mismas condiciones y obligaciones que si fuera personalmente miembro del órgano correspondiente.

¹³⁶⁷ Algunos requisitos, como reunir la condición de accionista o la prestación de fianzas, se consideran exigibles a la entidad jurídica nombrada miembro y no a la persona física que la represente (salvo que los estatutos determinen lo contrario).

¹³⁶⁸ En relación con los temas relativos a la persona jurídica miembro de un órgano de la SE y su representante persona física, véase ESTEBAN VELASCO, G., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, ya cit., págs. 638-656.

¹³⁶⁹ Del tenor literal del artículo 47.1 párrafo segundo se desprende claramente que la persona jurídica miembro del correspondiente órgano de dirección, Consejo de control o administración, deberá de designar a “un solo representante” (una sola persona física) para el ejercicio de los poderes del cargo en el órgano correspondiente.

¹³⁷⁰ El RAEIE permite a los Estados miembros prever uno o varios miembros representantes. En efecto, en su artículo 19.2 se establece que un Estado miembro puede prever para las agrupaciones inscritas en sus registros (la AEIE deberá de registrarse en el Estado en que se encuentre su sede-artículo 6 del RAEIE-, a cuyo efecto los Estados miembros vienen obligados a designar el o los registros competentes –artículo 39.1 del RAEIE-) que una persona jurídica pueda ser administrador, siempre que designe uno o varios representantes personas físicas, respecto de las que deberá de indicarse (de acuerdo con lo establecido en la letra d) del artículo 7 del RAEIE) su nombramiento, su nombre y cualquier otra información de identidad exigida por la Ley del Estado miembro en el que se halla el registro, la indicación de si pueden actuar solos o deben hacerlo conjuntamente, así como el cese en sus funciones.

¹³⁷¹ Esta misma orientación (en cuanto a la designación de una sola persona física) parece seguirse en la doctrina y jurisprudencia españolas para sus sociedades anónimas. En este sentido puede consultarse la RDGRN de 11 de marzo de 1991, BOE de 29 de mayo (RJ 1991/2534), que en el fundamento de derecho segundo recoge textualmente: “el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil no debe ser entendido en el sentido de exigir la consignación, en el folio abierto a la sociedad anónima, de los datos identificativos de todas aquellas personas que, en nombre de la persona jurídica-administrador, puedan concurrir al desempeño de este cargo, sino, exclusivamente en el sentido de exigir la identificación de una sola persona física con facultades suficientes para el ejercicio estable de las funciones inherentes a aquél, sea o no miembro del propio órgano de actuación externa de la persona jurídica administradora”. A mayor abundamiento, el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil hace referencia en singular, a la identidad de “la persona física” que aquella haya designado, también el artículo 212 bis de la Ley de Sociedades de Capital (incorporado por la Ley 25/2011, de 1 de agosto) es meridianamente claro sobre este asunto al estipular que se designará a “una sola persona física”.

jurídica como miembro del correspondiente órgano, se mantiene la continuidad de la persona física representante¹³⁷².

En el marco de la SE la persona física representante se inserta en el órgano correspondiente de la sociedad administrada en posición orgánico-derivada, en el sentido de que ejerce las facultades y deberes inherentes al cargo en representación de la persona jurídica miembro del órgano en cuestión¹³⁷³.

2. REQUISITOS EXIGIDOS PARA EL NOMBRAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LOS ÓRGANOS

El RESE se ocupa de las prohibiciones e incompatibilidades¹³⁷⁴ que atañen a los miembros componentes de los diversos órganos de la SE, así como de las condiciones particulares que se exigen para ser miembro de dichos órganos¹³⁷⁵. Ahora bien, basta un somero examen de los preceptos que el RESE dedica a regular estos aspectos para llegar a la conclusión de que, una vez más, lo que hace es remitirse a lo previsto a tal efecto en los diversos Derechos nacionales en función del domicilio de la SE.

¹³⁷² Es claro que el representante persona física, teniendo en cuenta su posición, cesará con carácter automático en su cargo siempre que se produzca el cese de la persona jurídica administradora; igualmente, en el supuesto de reelección de la persona jurídica administradora, a tenor de lo dispuesto en el artículo 143.2 del Reglamento del Registro Mercantil, permanece en las funciones propias del cargo en tanto en cuanto no se proceda a su destitución, puesto que hay que tener en cuenta que, de acuerdo con las normas de la representación, la persona jurídica puede en cualquier momento revocar el nombramiento de representante. En este sentido PRADA GONZÁLEZ, J. M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, ya cit., pág. 2325 indica que ni la Ley ni el Reglamento señalan la forma de hacerlo “pero hay que entender que será suficiente un acuerdo del órgano de la representada con facultades para hacer el nombramiento y una comunicación dirigida a la sociedad administrada, e incluso comunicándole dicha revocación el propio representante para enervar los efectos de lo dispuesto en los artículos 1734 y 1738 del CC, que entendemos perfectamente aplicables a estos supuestos”.

Cuestión distinta es la renuncia al cargo presentada por la persona física representante, renuncia que deberá dirigirse a la persona jurídica que le nombró, si bien en este supuesto debemos de tener en cuenta las consecuencias que dicha renuncia puede tener, tanto respecto del representado (persona jurídica administradora) como respecto a la sociedad administrada. Véase en este sentido PRADA GONZÁLEZ, J. M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, ya cit., págs. 2333-2336.

¹³⁷³ ESTEBAN VELASCO, G., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, ya cit., pág. 655.

¹³⁷⁴ En efecto, en los apartados a) y b) del artículo 47.2 del RESE se recogen los llamados requisitos negativos o prohibiciones, haciendo referencia a lo establecido al respecto, tanto en la legislación nacional del domicilio social de la SE, como en las resoluciones judiciales o administrativas que impidan la pertenencia como miembro de uno de cualquiera de los órganos de la SE. En este sentido QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico)”, ya cit., pág. 169, puntualiza que “las prohibiciones están concebidas con un alcance relativo, pues lo que el precepto exactamente impide es que sea nombrado miembro de «un órgano determinado de la SE» aquella persona que no pueda formar parte del «órgano correspondiente de una sociedad anónima» en el Estado miembro, lo que obliga a discernir el alcance concreto de la prohibición en cada caso en función de la equivalencia de órganos”.

¹³⁷⁵ Efectivamente, el artículo 47.3 del RESE permite a los estatutos de la SE fijar condiciones particulares para ser miembro de sus órganos, de conformidad con la normativa de las sociedades anónimas aplicable en el Estado miembro donde la SE tenga su domicilio social. Se está haciendo referencia a los requisitos positivos o condiciones particulares. Por tanto, tal y como recoge QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico)”, ya cit., pág. 170, en el caso español se podrán “introducir los requisitos positivos (condición de accionista, con determinada antigüedad, cuantía de participación, etc.) o las garantías a prestar, que se admiten con base en el artículo 123 de nuestra Ley de Sociedades Anónimas” (actual artículo 214.2. de la Ley de Sociedades de Capital).

A. REQUISITOS NEGATIVOS O PROHIBICIONES

En su articulado el RESE hace referencia a este tipo de requisitos¹³⁷⁶. El precepto que recoge estos requisitos negativos o prohibiciones está dirigido, tanto a las personas físicas, como a las entidades jurídicas y a los representantes físicos de éstas últimas, por lo tanto, alcanzan en el caso de ser designado miembro una entidad jurídica a ésta y a su representante persona física, de tal forma que la entidad jurídica deberá de nombrar un representante físico que no esté incurso en ninguna de las prohibiciones, además de no estarlo ella misma.

De la redacción del precepto se deduce que las prohibiciones se dirigen a un órgano determinado, lo que el RESE quiere es que la prohibición establecida en el Derecho nacional del domicilio de la SE para el órgano correspondiente de una sociedad anónima nacional, sea aplicable al mismo órgano de la SE y no a otro distinto. Obviamente, en el sistema monista no se da la diversidad de órganos, pero en el sistema dual donde la administración cuenta con dos órganos, el de dirección y el de control, cabe la posibilidad de que se establezcan distintas prohibiciones o incompatibilidades para cada uno de los órganos que componen el sistema de administración.

Efectivamente, en los Estados miembros que se rigen por el sistema dualista puede darse el caso de que la correspondiente legislación nacional recoja para sus sociedades anónimas distintos requisitos o prohibiciones en función del órgano del que se trate, en cuyo caso debe entenderse que se seguirá el mismo régimen para las SE que se establezcan en ese Estado miembro.

La misma distinción se puede dar cuando los Estados miembros, que desconozcan el sistema dual en sus legislaciones nacionales, procedan a regular dicho sistema para las SE que decidan establecerse en su territorio, ya que en virtud de la autorización genérica que el RESE¹³⁷⁷ concede a estos efectos, podrán adoptar las disposiciones pertinentes a tal fin.

El legislador español no ha hecho previsión alguna sobre esta materia y por tanto, entiendo que se aplicará el mismo régimen para todos miembros de cualquiera de los órganos de las SE que fijen su domicilio en territorio español¹³⁷⁸. Debo añadir, finalmente,

¹³⁷⁶ La redacción que contiene el artículo 47.2 del RESE abarca, tanto a las personas físicas, como a las personas jurídicas y a sus representantes, por lo demás contiene una remisión a lo previsto en la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SE, en igualdad de condiciones a lo establecido para las sociedades anónimas nacionales y a las resoluciones judiciales o administrativas de cualquier Estado miembro que impidan formar parte del correspondiente órgano de las sociedades anónimas nacionales (tal previsión, “en relación con el órgano correspondiente” se recoge para los Estados miembros cuya legislación regule el sistema dual para sus sociedades anónimas nacionales).

¹³⁷⁷ Mediante la autorización contenida en el artículo 39.5. del RESE se permite que los Estados miembros, que desconozcan en sus legislaciones nacionales el sistema dual, puedan adoptar las medidas oportunas para su regulación, garantizando de esta forma a las SE que decidan establecerse en su territorio la libre opción entre los dos sistemas de administración contemplados en el Reglamento.

¹³⁷⁸ Lo cierto es que el artículo 477 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 328 del TRLSA) ha declarado de aplicación al órgano de administración de las SE que decidan establecerse en España y que opten por el sistema monista, lo previsto para los administradores de las sociedades anónimas nacionales en la Ley de Sociedades de Capital, en cuanto no contradiga lo dispuesto en el RESE y en la Ley que regule la implicación de los trabajadores, por tanto, a los miembros del Consejo de administración del sistema monista se les aplicará lo previsto en el artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 124 del TRLSA). También, en cuanto al Consejo de dirección, se efectúa una remisión a los estatutos sociales en primer término y, en su defecto, a lo previsto para el Consejo de administración de las sociedades anónimas nacionales, para la regulación de temas relativos a la organización, funcionamiento y adopción de acuerdos (artículo 483 de la Ley de Sociedades de Capital; antiguo artículo 331.2. del TRLSA) y, en cuanto al Consejo de control se declara de aplicación lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para el funcionamiento del Consejo de administración de las sociedades anónimas nacionales (artículo 485 de la Ley de Sociedades de Capital; antiguo artículo 333.1. del TRLSA). Por consiguiente, dado que nuestro legislador no ha hecho ninguna previsión específica en cuanto a los requisitos negativos o prohibiciones que puedan afectar a los

que estas prohibiciones alcanzan a todos los componentes del órgano correspondiente sin que quepa hacer distinciones por razón de la procedencia de los mismos, la prohibición fijada en el RESE es clara, “no podrán ser miembros”. Se trata de prohibiciones que de forma genérica y objetiva impiden ser miembro de un órgano y no de circunstancias que puedan condicionar un nombramiento concreto.

A tenor de lo previsto en el RESE, en cuanto a las prohibiciones que atañen a los miembros integrantes de cada órgano de la SE, nos encontramos, en primer lugar con prohibiciones derivadas de la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SE¹³⁷⁹ y en segundo lugar, con prohibiciones derivadas de resolución judicial o administrativa dictada en un Estado miembro que impiden formar parte de un órgano determinado de la SE, cuando también impidan hacerlo en el órgano correspondiente de una sociedad anónima constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro¹³⁸⁰.

Por tanto, se están contemplando dos tipos de prohibiciones, por un lado, “las territoriales” que son las que están en la legislación del Estado concreto donde la SE fija su domicilio y que son aplicables a las sociedades anónimas nacionales y a las SE que se domicilien allí y por otro lado “las extraterritoriales”, éstas están derivadas de los efectos en los demás Estados o, en otro u otros Estados de la UE de las decisiones judiciales o administrativas dictadas en uno de ellos, que son aplicables a las SE domiciliadas en cualquier Estado, en tanto que lo sean a las sociedades anónimas nacionales¹³⁸¹.

A las SE con domicilio en España será aplicable lo previsto en nuestra Ley de Sociedades de Capital¹³⁸², sin olvidar, en su caso, otros requisitos que pueden ser exigidos para determinadas sociedades anónimas por razón de su actividad¹³⁸³. Nuestra legislación

miembros de los órganos de las SE que decidan establecerse en España y opten por el sistema dual, deberemos de aplicar lo previsto en nuestra legislación, esto es, el artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 124 del TRLSA) para todos los miembros de los diversos órganos de ambos sistemas de administración, sin perjuicio de la aplicación de las normas referidas a determinados sectores de actividad que cuente con regulación específica (Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, Ley de Mercado de Valores, Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados).

De esta forma, tal y como señala QUIJANO GONZÁLEZ, J., el régimen de prohibiciones, por extensiones sucesivas en el Derecho nacional aplicable, termina siendo aplicable a los distintos órganos, lo que hace que tal régimen se convierta en norma común, no porque el RESE lo haga directamente, sino porque la legislación del Estado miembro así lo establezca para sus sociedades anónimas o directamente para las SE en la regulación específica. Véase QUIJANO GONZÁLEZ, J. “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., págs. 692-693.

¹³⁷⁹ En efecto, el artículo 47.2.a) del RESE declara extensibles a las SE el régimen de prohibiciones establecido para las sociedades anónimas nacionales, puesto que estipula que “no podrán ser miembros de un órgano determinado de la SE, ni representantes de un miembro (se está refiriendo a las personas jurídicas que sean designadas miembro de uno de los órganos) las personas que: a) de acuerdo con la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SE no puedan formar parte del órgano correspondiente de una sociedad anónima constituida con arreglo al Derecho de dicho Estado miembro”.

¹³⁸⁰ Lo cierto es que el artículo 47.2.b) del RESE traslada a las SE, con independencia del Estado en que la SE fije su domicilio social, los efectos prohibitivos derivados de una resolución judicial o administrativa dictada en cualquier Estado miembro, siempre que afecten a las sociedades anónimas constituidas con arreglo al Derecho de otro Estado miembro.

¹³⁸¹ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., págs. 694-695.

¹³⁸² Esto es, el artículo 213 (antiguo artículo 124 del TRLSA) que, como ya he indicado con anterioridad, se convierte en norma supletoria aplicable, tanto a los miembros del órgano de administración del sistema monista, como a los miembros del órgano de dirección y del órgano de control del sistema dual.

¹³⁸³ Dichos requisitos también serían de aplicación a la SE en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.3 del RESE, que declara de plena aplicación a las SE las disposiciones contenidas en las Leyes nacionales que regulen de forma específica un determinado sector o actividad, siempre, claro está, que la SE desarrolle la actividad específicamente regulada por las Leyes nacionales. Hay que tener en cuenta que algunas sociedades cuyo objeto social se relaciona, principalmente, con actividades de tipo financiero, establecen determinadas exigencias referentes a la calificación moral, técnica o profesional de sus administradores. Así, por ejemplo, en relación con los miembros del Consejo de administración, e incluso con los directores generales de las

recoge una serie de prohibiciones de naturaleza diversa: incapacidades (menores de edad no emancipados¹³⁸⁴ y personas judicialmente incapacitadas¹³⁸⁵), inhabilitaciones concursales (no podrán ser miembros de los órganos sociales hasta que no concluya el período fijado en la correspondiente Sentencia de calificación del concurso)¹³⁸⁶, inhabilitaciones penales (los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socio-económico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad¹³⁸⁷, así como aquellos que por razón de su cargo no puedan

entidades bancarias, se requiere que tengan honorabilidad comercial y profesional debiendo poseer, al menos la mayoría, conocimientos adecuados para el ejercicio de sus funciones. Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 61-62.

¹³⁸⁴ En efecto, el artículo 213.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 124 del TRLSA) recoge, expresamente, que “no pueden ser administradores los menores de edad no emancipados...”. Según lo establecido en el artículo 12 de la CE y el artículo 315 del CC, la mayoría de edad empieza a los dieciocho años cumplidos, para su cómputo se incluirá completo el día del nacimiento. Por consiguiente, los menores de edad no emancipados no tendrán la capacidad necesaria para ser nombrados administradores (de la mayor edad y de la emancipación se ocupa el Título XI del CC, artículos 314 a 324).

¹³⁸⁵ A tenor de lo dispuesto en el artículo 200 del CC constituyen causas de incapacitación aquellas deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. Se trata por tanto, de personas que están sometidas a tutela y que por consiguiente, necesitan de la intervención de tutor que supla o complemente su ausencia de capacidad, lo cual, obviamente, le impide desempeñar el cargo de administrador de una sociedad anónima. Por lo demás, tal y como declara la STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de julio de 1999, (RJ 1009/2000 de la Ley) “no es obstáculo para la aplicación del artículo 200 CC el que la situación de incapacidad no sea constante o permanente, sino esporádica, cuando las fases clínicas o críticas se produzcan, ya que el precepto está considerando únicamente la existencia de enfermedad o deficiencia persistente que impida a la persona gobernarse por sí misma, y no la fase temporal en que esta consecuencia se produzca, circunstancia ésta que se ha de tener en consecuencia al determinar la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. En suma, lo que de ningún modo es viable es no incapacitar al enfermo sino sólo en cada una de las fases críticas”. En relación con el mencionado artículo 200 del CC, pueden consultarse también las siguientes Sentencias: STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de julio de 2004, (RJ 1752/2004 de la Ley); STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de febrero de 1996 (RJ 3459/1996 de la Ley).

¹³⁸⁶ Según el artículo 172.2.2º de la Ley 22/2003 de 9 de julio (Ley concursal), si la correspondiente sentencia declara el concurso como culpable, tal declaración contendrá pronunciamiento por el que se declarará la inhabilitación de la persona afectada para representar o administrar a cualquier persona durante un período de dos a quince años. El apartado 2 del artículo 172 ha sido modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y se han añadido al punto 2º de dicho apartado 2, dos nuevos párrafos, el párrafo segundo establece que en caso de convenio, si así lo hubiera solicitado la administración concursal, excepcionalmente la sentencia de calificación podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada, y el párrafo tercero determina que en el caso de que una misma persona sea inhabilitada en dos o más concursos, el período de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos.

Tal y como recoge SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 69: “...la inhabilitación del deudor sólo se produce como consecuencia de la calificación del concurso como culpable (v. artículos 40 y ss. de la Ley Concursal y artículo 172). Ahora bien, la inhabilitación tiene un alcance que puede afectar no simplemente al deudor concursado, sino también a otras personas que sean calificadas como cómplices. Y la Ley precisa que “si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición” (artículo 172.2.1 de la Ley Concursal). La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar bienes ajenos lo estarán durante un período de dos a quince años, según declare la sentencia, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo, atendiendo a la gravedad de los hechos y la entidad del perjuicio (artículo 172.2.2º)”.

¹³⁸⁷ La redacción dada a esta materia por el artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 124 del TRLSA) debe ser entendida en el sentido de extender la inhabilitación a los administradores de las sociedades anónimas siempre que la condena por los delitos mencionados lleve consigo la pena de inhabilitación, bien como pena principal por así establecerlo el Código Penal, como pena privativa de derechos, o bien como pena accesoria, puesto que tal y como dice SÁNCHEZ CALERO, F., debe entenderse que el artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 124 del TRLSA) no tiene el alcance de imponer dicha pena de inhabilitación. Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 70.

ejercer el comercio)¹³⁸⁸, finalmente, hace una referencia específica a las incompatibilidades por razón de interés público que afectan a los funcionarios de la Administración pública que tengan funciones a su cargo relacionadas con las actividades propias de la sociedad de que se trate, a los Jueces y Magistrados y demás personas que se vean afectadas en virtud de una incompatibilidad legal¹³⁸⁹.

A estas prohibiciones, que a tenor de lo previsto en el RESE corresponderían a las establecidas en función de la “legislación del Estado miembro”¹³⁹⁰; habrá que añadir las que se deriven de una resolución judicial o administrativa dictada por parte de cualquier Estado miembro que impida, según la legislación aplicable para las sociedades anónimas del domicilio de la SE, ser miembro de los correspondientes órganos¹³⁹¹.

Para que la disposición prohibitiva dictada por cualquiera de los Estados miembros surta efecto impeditivo, para formar parte del correspondiente órgano de la SE, será necesario que así se establezca por la legislación nacional del domicilio para sus sociedades anónimas. Se trata de una resolución dictada por uno cualquiera de los Estados miembros a la que se otorgan efectos en el territorio del domicilio de la SE, en las mismas condiciones que legalmente se establecen para sus sociedades anónimas. En el caso español, muchos de los supuestos derivados de resoluciones judiciales estarán ya recogidos en nuestra Ley de Sociedades de Capital¹³⁹² (condenas penales, inhabilitaciones concursales), y en cuanto a las

¹³⁸⁸ Según lo establecido en los Artículos 13 y 14 del C.Com., que en alguna manera vienen a reiterar lo ya previsto por el artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 124 del TRLSA), puesto que el artículo 13 hace referencia a la prohibición de ejercer el comercio por parte de las personas inhabilitadas concursalmente y el 14 establece una prohibición a ciertas personas como consecuencia de los cargos que desempeñan (Jueces, Alcaldes, Fiscales, etc.).

¹³⁸⁹ En el amplio concepto de incompatibilidad legal tendrían cabida las disposiciones previstas al efecto, por las legislaciones estatal, autonómica, local, electoral, profesional, etc. Cabe citar, en este sentido, La Ley 25/1983, de 26 de diciembre (modificada por la Ley 9/1991 de 22 de marzo) relativa a las incompatibilidades de los “altos cargos”. Esta Ley fue derogada y sustituida por la Ley 12/1995, de 11 de mayo, sobre incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado que ha sido derogada y sustituida por la Ley 5/2006 de 10 de abril de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

¹³⁹⁰ En efecto, en el artículo 47.2.a) del RESE se hace referencia a los que, en función de lo establecido en la legislación del Estado miembro del domicilio de la SE, no puedan formar parte del órgano correspondiente de una sociedad anónima nacional. En relación con las SE que decidan fijar su domicilio en España deberemos de tener el cuenta lo preceptuado en el artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 124 del TRLSA), a las prohibiciones contenidas en dicho artículo habría que añadir, si acaso, la prohibición que afecta a las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad (artículo 224.2 de la Ley de Sociedades de Capital; antiguo artículo 132.2 del TRLSA), así como la prohibición que debe de alcanzar a los auditores de cuentas de la sociedad en orden a salvaguardar su independencia recogida por el artículo 8.1 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas (modificada por la Ley 12/2010, de 30 de junio, con el fin de adaptar nuestra legislación a la Directiva 2006/43/CE), cuando declara que los “los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría deberán ser independientes, en el ejercicio de su función, de las entidades auditadas, debiendo abstenerse de actuar cuando su independencia en relación con la revisión y verificación de los estados financieros u otros documentos contables pudiera verse comprometida” y el apartado 3 del citado artículo 8 establece que “en todo caso, se considerará que el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría no goza de la suficiente independencia en el ejercicio de sus funciones respecto de una empresa o entidad, además de en los supuestos de incompatibilidad previstos en otras Leyes, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias en el auditor de cuentas firmante del informe de auditoría: a. La condición de cargo directivo o de administración, el desempeño de puestos de empleo o de supervisión interna en la entidad auditada, o el otorgamiento a su favor de apoderamientos con mandato general por la entidad auditada...”.

¹³⁹¹ De acuerdo con lo estipulado en el artículo 47.2.b) del RESE que hace referencia a las resoluciones judiciales o administrativas dictadas por un Estado miembro, que impedirían formar parte del órgano correspondiente de una sociedad anónima nacional.

¹³⁹² Como ya ha quedado indicado anteriormente, el artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 124 del TRLSA) prohíbe que sean nombrados administradores las personas inhabilitadas a tal efecto, a tenor de lo previsto en nuestra legislación concursal y penal.

resoluciones administrativas, guardan mayor relación con determinados sectores de actividad que por la específica función que desarrollan son sometidos a supervisión por parte de la Administración pública u Organismos reguladores¹³⁹³. Por lo tanto, si en la legislación del Estado miembro del domicilio de la SE encontramos normas específicas que prohíben el acceso a los órganos de las sociedades anónimas por razón de la actividad que desarrollan, tales prohibiciones serán también aplicables a las SE.

El RESE establece además, la prohibición de ser miembro de ambos órganos de dirección y control de la SE con carácter simultáneo¹³⁹⁴, aunque en caso de vacante en el órgano de dirección, el órgano de control podrá designar a uno de sus miembros para cubrir esa vacante¹³⁹⁵. En los Proyectos de 1970 y 1975 no se recogía tal posibilidad y además, se impedía a los miembros del Comité de dirección ser miembros del Consejo de vigilancia de otra sociedad (salvo autorización especial del Consejo de vigilancia de la sociedad de la que era miembro del Comité de dirección) e incluso se le prohibía ejercer otra actividad profesional¹³⁹⁶; el Proyecto de 1989 recogía la imposibilidad de ser miembro de ambos órganos y ni tan siquiera hacía previsión alguna en caso de vacante¹³⁹⁷; el Proyecto de 1991¹³⁹⁸ regulaba este tema de forma similar al RESE; sin embargo, debo hacer la salvedad de que no recogía el último inciso que figura en el texto definitivamente aprobado por el RESE, relativo a la facultad otorgada a los Estados miembros para limitar temporalmente el tiempo por el que se puede cubrir la vacante.

En mi opinión resulta interesante esta práctica, introducida por los Proyectos de 1970 y 1995, consistente en exigir una dedicación exclusiva. La introducción, de forma mesurada y debidamente valorada, en función de las características de cada sociedad, de una prohibición de este tipo resultaría de interés para garantizar una gestión más eficaz y una mayor dedicación, evitando el efecto que una acumulación de cargos produce en determinados miembros de los órganos sociales, que acaban haciendo de su condición de consejeros una verdadera profesión y medio de vida, caracterizándose, además, en el desempeño del cargo por su falta de dedicación e interés, hasta el extremo de que en algunos casos de sociedades que priman la asistencia, el interés de estos miembros de los órganos

¹³⁹³ No debemos olvidar que son aplicables a las SE las disposiciones específicas de nuestra legislación que regulen el carácter de la actividad societaria (artículo 9.3 del RESE y disposición adicional primera de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre). En efecto, la disposición adicional primera de la Ley 19/2005, en consonancia con lo estipulado en el artículo 9.3 del RESE establece que “cuando la legislación específica de un sector exija a las entidades que quieran desarrollar en él su actividad que adopten una forma jurídica determinada entre las cuales esté incluida la sociedad anónima se entenderá comprendida también la SE”.

¹³⁹⁴ Expresamente se establece en el artículo 39.3 del RESE, que no se podrán ejercer simultáneamente las funciones de miembro del órgano de dirección y del órgano de control. En el supuesto de que el órgano de control emplee el particular sistema de cooptación que recoge este artículo, las funciones del miembro cooptado quedaran en suspenso durante el plazo en que esté ejerciendo funciones como miembro del órgano de dirección.

¹³⁹⁵ Quedan en suspenso las funciones de este miembro en el órgano de control durante el periodo en que desarrolle funciones en el órgano de dirección. El RESE autoriza a los Estados miembros para que puedan establecer un límite temporal a ese periodo. Nuestro legislador, a tenor de lo previsto en el artículo 484 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 332 del TRLSA), ha dispuesto que dicho periodo no podrá ser superior a un año.

¹³⁹⁶ De hecho el artículo 69.2, de los Proyectos de 1970 y 1975, estipulaba: “ningún miembro del Comité de dirección podrá ejercer otra actividad profesional ni aceptar ser nombrado en el Consejo de vigilancia de otra sociedad salvo que haya sido autorizado especialmente por el Consejo de vigilancia”.

¹³⁹⁷ En efecto, en el artículo 62.3 del Proyecto de 1989 se establecía: “nadie podrá ejercer simultáneamente la función de miembro del órgano de dirección y la de miembro del órgano de vigilancia”.

¹³⁹⁸ Según lo estipulado en el artículo 62.3 del Proyecto de 1991, se prohibía ejercer simultáneamente la función de miembro del órgano de dirección y del órgano de vigilancia de la SE, aunque en caso de vacante el órgano de vigilancia podía designar a uno de sus miembros para ejercer las funciones de miembro del órgano de dirección. Durante ese período las funciones que competían al así designado en el órgano de vigilancia, quedaban en suspenso.

sociales desaparece cuando ya han firmado la asistencia a la reunión y por tanto, queda garantizado el cobro de la prima. El cauce apropiado para establecer este tipo de condiciones debe ser el estatutario, a través del cual se puede expresar la autonomía de la voluntad previa ponderación de las peculiaridades y características de cada sociedad y el vehículo adecuado las condiciones particulares¹³⁹⁹, pues una imposición legal de este tipo de condiciones sería excesivamente rígida y privaría a las sociedades de la flexibilidad necesaria para ponderar cada caso concreto.

Finalmente y en relación con los requisitos negativos o prohibiciones, debo hacer la puntualización de que los mismos son exigibles mientras se continúe en el ejercicio del cargo, a pesar de que a priori y según el tratamiento que el RESE dispensa a esta materia, parece referirse únicamente a estas condiciones como impositivas del nombramiento, ya que nada dice sobre las prohibiciones sobrevenidas cuando ya se está ejerciendo el cargo; sin embargo, lo cierto es que si durante el período en que se desempeña el cargo sobreviniera alguna de ellas impediría la continuidad del miembro afectado¹⁴⁰⁰. A mayor abundamiento, al ser una materia regulada sólo en parte por el RESE, en virtud del sistema de fuentes¹⁴⁰¹, deberemos acudir para las SE que fijen su domicilio en España a lo previsto para las sociedades anónimas en Derecho español.

En este sentido, nuestra Ley de Sociedades de Capital establece dos supuestos especiales de separación: la que se produce con efectos inmediatos a petición de cualquier accionista cuando concurre alguna de las prohibiciones contenidas en dicha Ley¹⁴⁰², además, en el caso de las SE, considero que la legitimación deberá ser ampliada a cualquier miembro del órgano de control (en los supuestos en que afecte a un miembro del órgano de dirección), o incluso a las instancias representativas de los trabajadores (en los supuestos en que afecte a un miembro de dicha procedencia)¹⁴⁰³; y la derivada del conflicto de intereses¹⁴⁰⁴.

¹³⁹⁹ A este tipo de condiciones hace referencia el artículo 47.3 del RESE al establecer que, estatutariamente y de conformidad con la legislación del Estado miembro del domicilio de la SE relativa a las sociedades anónimas, se podrán fijar condiciones particulares para ser elegido miembro en representación de los accionistas.

¹⁴⁰⁰ De hecho, la redacción del artículo 47 del RESE es genérica, no hace distinciones, ya que dice: “no podrán ser miembros de un órgano determinado...”, de lo que puede deducirse que la concurrencia de cualquier circunstancia impositiva dará lugar a que la persona en quien concorra tal circunstancia no pueda ser nombrada miembro de los órganos de la SE, o en el supuesto de que una vez nombrado sobreviniere alguna de esas causas, no pueda seguir en el ejercicio del cargo.

¹⁴⁰¹ Recordemos que el sistema de fuentes está recogido en el artículo 9 del RESE y que a tenor de lo dispuesto en el mismo, en las materias no reguladas o en las reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos, serán de aplicación, en primer lugar las disposiciones adoptadas *ad hoc* por los legisladores nacionales, en segundo lugar las disposiciones que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales y, en tercer lugar las disposiciones estatutarias en las mismas condiciones que rijan para las sociedades anónimas nacionales.

¹⁴⁰² Nuestra Ley de Sociedades de Capital contiene en su artículo 213 (antiguo artículo 124 del TRLSA) una serie de supuestos que impiden que las personas que se encuentran incurso en dichas causas puedan ser administradores sociales. Dichas circunstancias han sido examinadas con detalle en este mismo epígrafe.

¹⁴⁰³ En efecto, el artículo 224.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 132.1 del TRLSA) declara que los administradores que estuvieran incurso en cualquiera de las prohibiciones legalmente establecidas deberán ser cesados inmediatamente y legitima a cualquier accionista para pedir su destitución, sin perjuicio de las responsabilidades en que puedan incurrir por su conducta desleal. Por tanto, este artículo además de recoger el efecto de destitución inmediata, añade la posible responsabilidad en que pueden incurrir como consecuencia de su conducta. En consecuencia será necesario adaptar lo dispuesto en este artículo en orden a ampliar la legitimación a los miembros del órgano de control o a las instituciones representativas de los trabajadores, según el caso.

¹⁴⁰⁴ Lo cierto es que el artículo 224.2 de la Ley de Sociedades de Capital determina el cese de los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad (el antiguo artículo 132.2 del TRLSA, determinaba el cese de los administradores que lo fueren de otra sociedad

B. REQUISITOS POSITIVOS O CONDICIONES PARTICULARES

El RESE permite que los estatutos de la SE puedan fijar este tipo de requisitos siempre conforme a lo que establezca la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SE, los requisitos así fijados serán de aplicación a los miembros que sean elegidos en representación de los accionistas¹⁴⁰⁵. Así pues, mediante disposición estatutaria, y sólo a través de esta vía, se podrán establecer los requisitos que se consideren pertinentes para el acceso al cargo, de conformidad con las disposiciones que legalmente se establezcan para las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio social de la SE¹⁴⁰⁶.

El RESE también hace una precisión al establecer que estas condiciones pueden fijarse para los miembros elegidos en representación de los accionistas, es necesario señalar que no se está refiriendo a los derechos de las minorías, a los que hace mención en el siguiente apartado, sino a los derechos que corresponden al capital¹⁴⁰⁷, siendo los estatutos el cauce adecuado para plasmar los requisitos particulares exigidos para los miembros de dicha procedencia, por contraposición a los que pueden corresponder a los representantes de los trabajadores¹⁴⁰⁸ o, en su caso, a los designados, en virtud de la correspondiente normativa, por algún poder público.

Respecto al tipo de condiciones particulares que pueden establecerse para los miembros representantes del capital, existe un amplio margen; no tienen por qué ser iguales ni para los diversos órganos, ni para los diversos miembros, y nada impide, por ejemplo, que se fijen determinadas condiciones para quienes desempeñen un cargo interno en el seno del órgano (Presidente, Secretario, etc.) o para los que ostenten el cargo de consejero delegado; incluso, se podrán fijar distintas condiciones para los miembros del órgano de administración de una SE en función de que esté opte por el sistema dual o por el monista.

La legislación española (pensada para operar en el ámbito de un sistema monista y sin participación de los trabajadores) es de lo más permisiva en esta materia, ni tan siquiera

competidora y de los que tuvieran intereses opuestos a los de la sociedad). Habrá que adaptar también este apartado, al igual que sucedía en el caso anterior, en cuanto a quienes pueden solicitar el cese en este supuesto, ampliándolo a los miembros del órgano de control o instituciones representativas de los trabajadores en su caso. Ahora bien, teniendo en cuenta que este artículo determina que la competencia para efectuar el cese es de la Junta general, procederá también su adecuación en este sentido. Así, en el sistema dual cuando el afectado sea un miembro del Consejo de control la competencia corresponderá a la Junta general, pero cuando el afectado sea un miembro de la Dirección, la competencia será de dicha Junta general o del Consejo de control.

¹⁴⁰⁵ Mediante lo dispuesto en el artículo 47.3 del RESE se está autorizando a las SE para fijar, a través de las disposiciones estatutarias, las condiciones particulares que considere pertinentes para el nombramiento de los miembros que sean elegidos en representación de los accionistas; eso sí, las condiciones que se establezcan deberán ser conformes con lo previsto legalmente para las sociedades anónimas nacionales.

¹⁴⁰⁶ Una vez más se pone de manifiesto la autorización expresa del RESE para la regulación de estos extremos por vía estatutaria (artículo 9.1.b) de dicho texto legal), y el principio de igualdad de trato entre la SE y las sociedades anónimas nacionales (artículo 10 del RESE). En consecuencia el artículo 47.3 del RESE contiene una autorización específica y facultativa, para que por vía estatutaria se fijen las condiciones particulares para ser elegido miembro de los órganos en representación de los accionistas, pero dicha autorización no es libre en su configuración, puesto que la regulación que se haga deberá de ser conforme con lo dispuesto para las sociedades anónimas en la legislación del Estado miembro del domicilio de la SE.

¹⁴⁰⁷ No debe confundirse “quien nombra”, con lo que el miembro nombrado “representa”. Esto es lo relevante, de modo que los miembros que traen legitimación en el capital (en la propiedad de las acciones) podrán, sin excepción, estar sometidos a condiciones particulares en su nombramiento con independencia del procedimiento por el que éste se haya producido. QUIJANO GONZÁLEZ, J. “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 703.

¹⁴⁰⁸ En el supuesto de que fueran exigibles determinadas condiciones para los miembros nombrados en representación de los trabajadores, éstas tendrían su origen en los acuerdos de implicación, convenios o pactos que se hayan podido establecer.

exige, con carácter general, la condición de accionista para ser nombrado administrador¹⁴⁰⁹, sólo establece esta exigencia para los supuestos de cooptación¹⁴¹⁰, pero permite que los estatutos exijan la cualidad de accionista como condición particular. En este sentido los estatutos suelen fijar como condición para ser nombrado administrador, no sólo la de reunir la cualificación de accionista, sino también la de detentar una determinada participación en el capital social o bien tener una determinada antigüedad como accionista; también se utilizan cláusulas que exigen una determinada cualificación, capacitación profesional, experiencia, exclusividad, etc.¹⁴¹¹.

A pesar de que nuestra legislación, en lo tocante al establecimiento de condiciones particulares, sea de lo más tolerante y permita, vía estatutaria, fijar los requisitos y condiciones que se consideren convenientes, deben establecerse unos límites en función de la legislación general y, si fuere necesario, en relación con principios constitucionalmente sancionados en materia de igualdad y dignidad de las personas¹⁴¹², máxime si no hay ninguna conexión objetiva entre el requisito y el objeto social¹⁴¹³.

¹⁴⁰⁹ Efectivamente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 212.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 123.2 del TRLSA) salvo que estatutariamente se establezca lo contrario, no se requiere la condición de accionista para ser nombrado administrador. Tal y como recoge POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 62-63: “con la dispensa de la cualidad de accionista se alinea nuestra Ley con aquellos ordenamientos que, como el alemán o el italiano, se han caracterizado por configurar las sociedades de capital bajo el principio de organicismo de terceros... La exigencia, por consiguiente de la cualidad de socio para el nombramiento como administrador de la sociedad dependerá, una vez más, de la libertad estatutaria, cuya práctica se orienta generalmente en función del volumen de la sociedad y de su vocación para acudir al mercado de capitales”.

¹⁴¹⁰ De la regulación del sistema de cooptación se encarga el artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 138 del TRLSA). Mediante este sistema se permite cubrir las vacantes que puedan producirse en el Consejo de administración hasta la próxima Junta general que se celebre, aunque se exige que la persona designada a tal efecto, sea accionista.

¹⁴¹¹ La exigencia de determinados requisitos de tipo personalista como la acreditación de una antigüedad en la cualidad de socio, o la vinculación laboral puede tener su razón de ser en las pequeñas sociedades, a pesar de que, tal y como expresa POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 64, “pone de relieve la inadecuación tipológica de la propia sociedad anónima para estos fines y su desfiguración progresiva con tal de evitar la responsabilidad ilimitada de sus socios, inherente a las más apropiadas sociedades personalistas, o el recurso a otros tipos sociales que no gozan de mismo prestigio, como la sociedad de responsabilidad limitada o la sociedad cooperativa”. Ahora bien, en las grandes sociedades cabe plantearse hasta que punto serían admisibles, ya que no parece que pueda negarse el acceso a la administración a quienes, según lo establecido legal y estatutariamente, poseen el número de acciones suficientes a tal efecto, bien por haberlas adquirido legítimamente en el mercado, o bien en virtud de los mecanismos de la representación proporcional. Véase POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 64.

No obstante, en las sociedades cotizadas habrá que tener en cuenta, respecto a la composición cualitativa, las recomendaciones y códigos de buen gobierno corporativo que, por la vía de la autorregulación voluntaria, permiten establecer diferentes grupos de consejeros, así como la exigencia de requisitos especiales para determinados consejeros. Por esta vía se introduce la figura del consejero independiente que la recomendación 2 del Código Olivencia define como una persona de prestigio profesional desvinculada del equipo ejecutivo y de los accionistas significativos. Si bien a tenor de estas recomendaciones surge la duda en cuanto a si la temática relativa a la composición cualitativa debe regularse forzosamente a través de los estatutos o podría regularse también, mediante los llamados reglamentos internos del consejo. Ciertamente, mediante las correspondientes disposiciones estatutarias se podrá establecer una determinada composición cualitativa del Consejo, pero “sin una habilitación expresa de los estatutos o de la Junta general el Consejo carecerá de competencias para regular esta materia”; lo que sí podría hacer un reglamento de funcionamiento del Consejo elaborado en los términos del Código de Buen gobierno sería “proponer diferentes clases de consejeros dentro de su facultad de propuesta a la Junta general pero no imponerlos a la misma que es quien tiene la facultad de nombramiento *ex lege*, pues ello interferiría en la competencia de la Junta general”. MARTÍ LACALLE, R., “El ejercicio de las competencias de los órganos sociales en las sociedades anónimas cotizadas”, ya cit., págs. 145-149.

¹⁴¹² La Constitución española de 27 de diciembre de 1978, recoge en su artículo 10 que “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el

Según nuestra legislación, a falta de disposición estatutaria, la Junta general podrá fijar las garantías que los administradores deberán prestar o bien, relevar a los mismos de la prestación de dichas garantías¹⁴¹⁴. Esta posibilidad de exigir determinadas garantías a los administradores (avales, prenda de acciones, seguro de responsabilidad civil, etc.) que obviamente, a tenor de nuestra legislación, es aceptada para las sociedades anónimas españolas, puede considerarse como una condición particular que podrá fijarse para las SE domiciliadas en España a tenor de lo dispuesto en el RESE¹⁴¹⁵, siempre y cuando su exigencia alcance solamente a los miembros procedentes del capital y se fije estatutariamente¹⁴¹⁶.

También, en este terreno de condiciones particulares, cabe citar determinadas exigencias fijadas legalmente en razón de la actividad que llevan a cabo ciertas sociedades especiales, como son las sociedades bancarias, de seguros, de inversión, etc.¹⁴¹⁷. Esta normativa especial, a la que se ven sometidas ciertas sociedades en función de la actividad desarrollada, será también de aplicación a las SE que decidan establecerse en España por mandato expreso del RESE¹⁴¹⁸.

El amplio margen de discrecionalidad que nuestra Ley de Sociedades de Capital concede, a efectos de que por vía estatutaria se fijen las condiciones particulares que se consideren pertinentes, puede ser utilizado para consolidar posiciones de influencia o para reforzar blindajes frente a iniciativas externas de control; por lo tanto, deberá ser moderado en determinados supuestos, a fin de evitar que mediante una acumulación de exigencias se llegue a restringir y limitar tanto la posibilidad de elección que se acabe en una personalización del cargo¹⁴¹⁹. En este sentido, las decisiones jurisprudenciales y las RDGRN

respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social...” y en el artículo 14 se establece la igualdad de los españoles ante la Ley “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

¹⁴¹³ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 705, hace referencia a las denominadas “empresas de tendencia” donde podría tener cabida la exigencia de pertenecer a un determinado grupo político o a una determinada confesión religiosa como requisito para ser administrador de la sociedad editora del órgano de expresión de tal grupo o confesión.

¹⁴¹⁴ Según lo estipulado en el artículo 214.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 123.1 del TRLSA). Estas garantías pueden consistir en la prestación de una fianza, aval, prenda de acciones, etc.; además, dicha regulación otorga a la Junta un margen amplio para poder, en su caso, exigir garantías a unos consejeros (p.ej., Consejero delegado) y no a otros (miembros no ejecutivos). Si bien debemos tener en cuenta que la práctica consistente en ofrecer como garantía acciones de la propia sociedad o, en su caso, de la sociedad dominante, viene a ser obstaculizada formalmente, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 80.1 del TRLSA), que en concordancia con lo establecido en la Segunda Directiva (77/91/CEE) establece que “la sociedad anónima sólo podrá aceptar en prenda o en otra forma de garantía sus propias acciones... o las acciones emitidas por la sociedad dominante, dentro de los límites y con los mismos requisitos aplicables a la adquisición de las mismas”.

¹⁴¹⁵ En efecto, tal y como ya hemos visto, el artículo 47.3 del RESE permite que en los estatutos de una SE se fijen condiciones particulares que sean conformes con lo establecido para las sociedades anónimas nacionales en la legislación del Estado miembro del domicilio de la SE. Por tanto, para las SE que decidan establecerse en España podrá fijarse estatutariamente la exigencia de prestación de garantía.

¹⁴¹⁶ A tenor de lo previsto en el artículo 47.3 del RESE, las SE que decidan establecer su domicilio en España podrán fijar, mediante la correspondiente disposición estatutaria, las garantías que los administradores procedentes del capital deban de prestar, sin que sea suficiente (como sucede en las sociedades anónimas españolas, a falta de disposición estatutaria –artículo 214.2 de la Ley de Sociedades de Capital–) el acuerdo de la Junta general.

¹⁴¹⁷ En virtud de leyes específicas que regulan estos sectores se viene exigiendo determinados requisitos de honorabilidad, cualificación y experiencia.

¹⁴¹⁸ Lo cierto es que el artículo 9.3 del RESE establece que cuando un determinado sector de la actividad esté regulado por leyes específicas nacionales, dichas leyes serán de aplicación a las SE que desarrollen tal actividad.

¹⁴¹⁹ Véanse, en este sentido, las RDGRN de 18 de junio de 1980, (RJ 1980/2539), que recoge: “...aun cuando se pueden establecer con carácter objetivo circunstancias que delimitan el condicionamiento para

han ido fijando diversos criterios sobre validez y límites de este tipo de cláusulas estatutarias. Por otro lado, hay que tener en cuenta que ésta ha sido la vía para introducir, sobre todo en las sociedades cotizadas, las recomendaciones de buen gobierno corporativo; de esta forma se han introducido las recomendaciones relacionadas con las nuevas categorías de consejeros, así como las relacionadas con la cualificación de los consejeros ejecutivos, con la experiencia y desvinculación de los consejeros independientes¹⁴²⁰, las condiciones particulares negativas de no acumulación de cargos, de no superación de una determinada edad, de límite de mandatos, etc.

Finalmente, debo dejar constancia de que, aunque nuestra Ley de Sociedades de Capital contiene un modelo pensado para operar en el ámbito de un sistema monista y sin participación de los trabajadores, el legislador español, a tenor de lo previsto en la 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la SE domiciliada en España, se ha limitado, respecto a las SE que opten por un sistema de administración monista, a declarar de aplicación a su órgano de administración lo establecido en la Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital) para los administradores de las sociedades anónimas nacionales, siempre y cuando no esté en contradicción con lo previsto en el RESE y en la Ley que regule la implicación de los trabajadores. Una remisión, en similares términos, se efectúa para el Consejo de dirección, si bien con prevalencia de las disposiciones estatutarias en cuanto a las cuestiones relativas a su organización, funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos, y para el Consejo de control dicha remisión se produce en lo tocante a su funcionamiento¹⁴²¹. Por tanto, considero que a tenor de lo establecido, tanto por el

poder ser designado administrador, ello no obstante no autoriza –como en este caso concreto– el reducir la posibilidad de que puedan ser elegidos para tal cargo únicamente determinadas personas, ya que, si así ocurriera, se vulneraría entre otros, el derecho de las minorías a designar sus vocales con arreglo...” y de 8 de julio de 1999, (RJ 1999/4754), por la que el Centro Directivo desestimaba el recurso interpuesto frente a la decisión del Registrador Mercantil; se sometía a debate, entre otras cosas, la prohibición contenida en estatutos para ser administrador de quien ostente la condición de socio por adquisición de acciones derivada de un proceso de adquisición forzosa. En el fundamento de derecho segundo se recoge: “no se exige la condición de socio para ser administrador, la posibilidad de serlo coarta el ejercicio legítimo de un derecho. Afecta a terceros y perjudica al socio acreedor de otro, que hasta entonces podía acceder a serlo y se verá privado de esa posibilidad, por pretender la efectividad de un crédito del que es titular. Se ratifica la opinión de que es contraria al orden público y supone una acotación negativa del ámbito de la autonomía de la voluntad”.

¹⁴²⁰ En relación con los consejeros independientes, ESTEBAN VELASCO, G., “Consejeros independientes: función y criterios de independencia en el Código Unificado de Buen Gobierno”, ya cit., pág. 508, señala que “esta particular categoría de consejeros no ejecutivos se conecta con el objetivo de reforzar la función supervisora del Consejo con la presencia de personas que carezcan de vínculos con el equipo gestor, con los grupos de control y con la sociedad, tratando de garantizar aquella supervisión sobre todo en algunas materias susceptibles de conflicto material de intereses y ante medidas que permiten obtener ventajas privadas en perjuicio de los accionistas alejados del control (en otras palabras, limitar los riesgos de oportunismo de consejeros ejecutivos y accionistas de control). La independencia respecto de los otros grupos de consejeros y de los intereses a que éstos están más naturalmente próximos, es la nota que cualifica a este subgrupo de consejeros externos o no ejecutivos”, más adelante, en la pág. 509, añade que “...como mecanismo de equilibrio o compensación, la figura de los consejeros independientes, está llamada a hacer presente la perspectiva del conjunto más difuso y heterogéneo del accionariado, del llamado capital flotante (sin representación en el Consejo de administración), en el que se integra el «desarmado» y naturalmente «desincentivado» pequeño accionariado disperso...”.

¹⁴²¹ Así se desprende del contenido de los artículos 328, 331.2 y 333.1 (actuales artículos 477, 483 y 485 de la Ley de Sociedades de Capital). Recordemos que el legislador español, en virtud de la autorización genérica conferida por el RESE (artículo 39.5), podía haber adoptado las medidas que considerara pertinentes en la regulación del sistema dual, por ser un sistema desconocido en nuestra legislación, pero lo cierto es que se ha limitado, en la medida de lo posible, a declarar de aplicación la normativa nacional aplicable a las sociedades anónimas españolas. Hubiera sido deseable que el sistema dual (desconocido en nuestra legislación) hubiera sido regulado con mayor amplitud y detalle, puesto que en muchos casos no resulta fácil adaptar normas que están pensadas para un sistema monista (aunque sea con delegación de facultades) a un sistema dual que se compone de dos órganos de administración con funciones y cometidos diferenciados.

RESE¹⁴²², como por nuestro legislador¹⁴²³ y de acuerdo con lo previsto en el sistema de fuentes¹⁴²⁴, las SE que decidan fijar su domicilio social en España podrán, de acuerdo con lo expuesto en este epígrafe, establecer a través de sus estatutos las condiciones particulares que estimen pertinentes en relación con los miembros de los distintos órganos. Ahora bien, dichas condiciones sólo alcanzaran a los miembros que procedan del capital por disposición expresa del RESE y no a los procedentes de otros sectores como el de los representantes de los trabajadores, en los supuestos en que éstos formen parte de los órganos de administración y de control, puesto que los estatutos de la SE no pueden establecer condiciones particulares de acceso para los miembros representantes de este sector y en su caso, como ya he indicado con anterioridad, tampoco para el de los designados, en virtud de la correspondiente normativa, por algún poder público.

3. NOMBRAMIENTOS ESPECIALES

El RESE hace también referencia a determinados nombramientos que pueden tener lugar en virtud de lo dispuesto en las legislaciones nacionales de los Estados miembros y que otorgan a ciertas minorías de accionistas, personas o autoridades, el derecho a nombrar una parte de los miembros de los órganos¹⁴²⁵. Así pues, en los nombramientos que con carácter general se efectúen en los distintos órganos se deberá de tener en cuenta esta salvedad introducida por el RESE.

Sentada esta afirmación general, cabe examinar su alcance y aplicación, tanto en función del sistema organizativo por el que la SE opte (monista o dual), como en relación con cada uno de los órganos integrantes de dichos sistemas.

¹⁴²² Efectivamente, el artículo 47.3 del RESE establece la posibilidad de fijar en los estatutos de las SE condiciones particulares para ser elegido miembro en representación de los accionistas, de conformidad con la legislación nacional del domicilio social de la SE. En el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 10 del TRLSA) se hace referencia a la autonomía de la voluntad y se recoge la posibilidad de incluir, tanto en la escritura, como en los estatutos, las condiciones que los socios fundadores consideren conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido.

¹⁴²³ Que se remite, para la regulación del órgano de administración del sistema monista, a lo establecido para los administradores en nuestra Ley de Sociedades de Capital, según dispone el artículo 477 de dicha Ley (antiguo artículo 328 del TRLSA). Asimismo, nos encontramos en los artículos 483 (por lo que respecta al Consejo de dirección) y 485 (por lo que respecta al Consejo de control) de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 331.2 y 333.1 del TRLSA) una remisión a lo previsto en nuestra Ley de Sociedades de Capital para el Consejo de administración de nuestras sociedades anónimas.

¹⁴²⁴ En efecto, el artículo 9.1.b) del RESE dispone que la SE se regirá por las disposiciones estatutarias cuando el Reglamento lo autorice expresamente y el artículo 47.3, de dicho texto legal, autoriza expresamente a las SE para fijar estatutariamente condiciones particulares, de conformidad con lo establecido en la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SE. A mayor abundamiento, recordemos que el artículo 9.1.c) del RESE establece que en las materias no reguladas o reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos, serán de aplicación las disposiciones legales adoptadas específicamente para las SE, las que fueran aplicables a las sociedades anónimas nacionales y, en última instancia, las disposiciones estatutarias en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas nacionales.

¹⁴²⁵ Lo cierto es que el artículo 47.4 del RESE establece una norma en virtud de la cual los nombramientos que se efectúen con carácter general deberán de tener en cuenta las salvedades recogidas en el citado artículo, salvedades que están en relación con los derechos que las legislaciones nacionales puedan otorgar a determinadas minorías o a otras personas o autoridades en el nombramiento de una parte de los miembros de los órganos. Tal y como señala QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 709 “la correcta interpretación de la norma presenta algunas complicaciones por la necesidad de combinar la casuística de nombramientos especiales en cada ordenamiento con las reglas generales en la materia que hay en el propio RESE y de analizar, simultáneamente, la procedencia de aplicar cada supuesto en los dos posibles sistemas organizativos, monista y dual, e, incluso, en cada uno de los órganos en particular que los integran. Aparece así un cruce de normas y circunstancias que exige operar con precaución”.

En el sistema de administración dual los miembros del órgano de dirección son nombrados por el órgano de control¹⁴²⁶; por lo tanto, no tendrán cabida las salvedades citadas excepto en los supuestos en que los Estados miembros dispongan que el nombramiento se efectúe por la Junta general¹⁴²⁷; sin embargo, los miembros del órgano de control, sin perjuicio de la designación estatutaria que se puede hacer para el nombramiento de los primeros miembros, son nombrados por la Junta general y por tanto, deben contemplarse las mencionadas salvedades así como, la posibilidad de participación de los representantes de los trabajadores en dicho órgano, ambos extremos son recogidos expresamente por el RESE¹⁴²⁸.

En relación con el sistema monista el RESE¹⁴²⁹ reproduce, en los mismos términos, la redacción fijada para el nombramiento de los miembros del órgano de control del sistema dual; por lo tanto deberán tenerse en cuenta las salvedades del artículo 47.4 del RESE. En consecuencia, dichas salvedades son aplicables tanto al órgano de control del sistema dual, como al órgano de administración del sistema monista.

Mediante la fórmula de “sin perjuicio de”, el RESE hace aplicables a las SE las modalidades de nombramientos especiales contenidas en la legislación de los diversos Estados miembros; por tanto se aplicarán a las SE, en lo tocante a estos nombramientos, las mismas disposiciones que son de aplicación a las sociedades anónimas del Estado donde la SE decida establecerse¹⁴³⁰.

El RESE hace referencia al derecho de nombrar a una parte de los miembros de los órganos concedido en las legislaciones nacionales a las minorías de accionistas o a otras personas o autoridades. La concesión a título de derecho debe de interpretarse en un sentido amplio que abarque hipótesis de derecho formal, de facultad, de potestad, e incluso de derecho-deber: es un derecho para las minorías, pero es una potestad para las autoridades¹⁴³¹.

¹⁴²⁶ Según lo dispuesto en el artículo 39.2 del RESE el miembro o los miembros del órgano de dirección serán nombrados y revocados por el órgano de control, pero dicho texto legal otorga a los Estados miembros una autorización específica de carácter facultativo, en virtud de la cual podrán establecer o permitir que los estatutos de la SE puedan disponer que tales nombramientos sean efectuados por la Junta general. Nuestro legislador no ha hecho uso de dicha autorización y por tanto, el miembro o miembros de la Dirección de las SE que decidan establecerse en España serán nombrados y revocados por el Consejo de control.

¹⁴²⁷ En este caso los nombramientos se efectuarán en las mismas condiciones que sean de aplicación a las sociedades anónimas domiciliadas en su territorio (párrafo segundo, artículo 39.2 del RESE). En consecuencia, si un Estado miembro establece o permite que los estatutos de la SE dispongan que el nombramiento de los miembros del órgano de dirección se efectúe por la Junta general, será la propia Ley del Estado miembro la que prevea los nombramientos especiales.

¹⁴²⁸ A tenor de lo dispuesto en el artículo 40.2 del RESE se atribuye la facultad para el nombramiento de los miembros del órgano de control a la Junta general, sin perjuicio de la designación estatutaria de los primeros miembros del órgano, de los supuestos especiales del artículo 47.4 (derechos de la minorías y de otras personas o autoridades) y de las modalidades de participación de los trabajadores.

¹⁴²⁹ En efecto, el artículo 43.3 del RESE atribuye la facultad de nombramiento del miembro o los miembros del órgano de administración del sistema monista a la Junta general, sin perjuicio de la designación estatutaria de los primeros miembros del órgano, de los casos especiales del artículo 47.4 (derechos de la minorías y de otras personas o autoridades) y de las modalidades de participación de los trabajadores. Se aprecia, por tanto, en la regulación dispensada por el RESE, una total similitud entre el modelo de nombramiento de los miembros del órgano de control del sistema dual y el modelo de nombramiento de los miembros del órgano de administración del sistema monista.

¹⁴³⁰ En este sentido QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico), ya cit., pág. 170, considera que “tal formula habilita en la SE domiciliada en España los supuestos de representación proporcional, como derecho de minoría, de cooptación, como facultad de otras personas, de sustitución, por efecto de la intervención disciplinaria o supervisora de la autoridad reguladora, etc., en función de las correspondientes previsiones legales”.

¹⁴³¹ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 711.

En la legislación española se encuentran diversos supuestos que tienen encaje con lo dispuesto en el RESE en relación con determinados nombramientos especiales. Efectivamente, en el RESE¹⁴³² se hace referencia a las minorías de accionistas¹⁴³³, otras personas¹⁴³⁴ o autoridades¹⁴³⁵. Seguidamente paso a examinar las disposiciones de la legislación española vinculadas con estos supuestos.

¹⁴³² De la regulación de los denominados nombramientos especiales se ocupa el artículo 47.4. del RESE. La fórmula empleada por este artículo trata de dejar a salvo los nombramientos especiales que puedan existir en las legislaciones de los Estados miembros, en un intento de abarcar los diversos supuestos posibles.

¹⁴³³ En la legislación española encontramos el sistema de representación proporcional regulado por los artículos 243 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 137 del TRLSA), 140 del Reglamento del Registro Mercantil y R.D. 821/1991, de 17 de mayo. Ahora bien, este derecho sólo será aplicable a las sociedades anónimas que hayan adoptado como modalidad organizativa la forma de Consejo de administración. El sistema recogido en nuestra legislación establece un procedimiento consistente en dividir la cifra de capital por el número de miembros del órgano de administración, otorgando a las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra de capital igual o superior al cociente obtenido, a designar a los administradores que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción (debo puntualizar que si un único accionista es titular del número suficiente de acciones para el ejercicio de este derecho, no será necesario que se agrupe con nadie). Para el ejercicio de este derecho (que debe ejercitarse en el seno de la Junta general) los accionistas agrupados deberán de notificarlo al Consejo al menos con cinco días de antelación a la fecha prevista para la celebración de la Junta general (artículo 4 del R.D. 821/1991), además, en el momento de votarse en la Junta general la cobertura de las vacantes existentes, los accionistas agrupados deberán de manifestar que mantienen el propósito de ejercitar la facultad conferida (artículo 5.1. del R.D. 821/1991), debiéndose documentar en el acta de la Junta el ejercicio de esta facultad (artículo 8 del R.D. 821/1991) y requiriéndose, cuando las acciones agrupadas estuvieran representadas mediante títulos, el estampillado de los mismos, expresándose la fecha del nombramiento y la duración de la representación; si estuvieran representadas por medio de anotaciones en cuenta será la entidad encargada del registro contable la que, bien a requerimiento de la sociedad o de los interesados, procederá a consignar las indicadas circunstancias en las correspondientes anotaciones (artículo 9 del R.D. 821/1991). Podría darse el caso de que los fundadores de la sociedad, en el momento de la constitución, manifiesten la posibilidad de establecer una proporcionalidad en la constitución del Consejo de administración, basada en los grupos de acciones que los accionistas posean dentro de la sociedad y así lo manifiesten en los estatutos o en la escritura constitucional a la hora de designar los primeros administradores, en este supuesto ha de entenderse que el sistema proporcional actúa de forma plena. Ahora bien, si no se ha recogido esta previsión por vía estatutaria será de aplicación el régimen general establecido en defensa de los grupos minoritarios de accionistas que, en base a la proporción entre el número de consejeros y la participación de los minoritarios en el capital social, permite a éstos designar a algún consejero, superando el régimen del principio mayoritario que rige los acuerdos de la Junta general. Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 498.

¹⁴³⁴ Tal es el caso del sistema de cooptación recogido en el artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 138 del TRLSA). Asimismo, puede darse cabida en este apartado a los nombramientos de los miembros de los primeros órganos, efectuados por los fundadores. Por razones obvias, debe entenderse excluido el caso de nombramiento de miembros de órganos por los trabajadores de la empresa, a pesar de que, en sentido amplio y a tenor de lo dispuesto por el artículo 47.4, este tipo de nombramientos podrían ser considerados como efectuados por "otras personas"; no obstante, debemos tener en cuenta que la implicación de los trabajadores en la SE cuenta con una regulación específica, contenida tanto en la Directiva 2001/86/CE del Consejo de 8 de octubre de 2001, como en nuestra Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas.

¹⁴³⁵ Tendrán cabida en este apartado, los nombramientos procedentes de autoridades de supervisión. En España nos encontramos en este sentido con la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 26 de julio de 1988 (en su título III se desarrollan las medidas de intervención y sustitución que puede adoptar el Banco de España); la Ley de Sociedades de Garantía Recíproca, de 11 de marzo de 1994; la Ley de Entidades de Capital Riesgo, de 24 de noviembre de 2005; la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, de 4 de noviembre de 2003; la Ley del Mercado de Valores, de 28 de julio de 1988; la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de 29 de octubre de 2004 (contiene un régimen propio de supervisión y de disciplina, otorgándose competencia a la Dirección General de Seguros, para el nombramiento provisional de administradores en determinadas condiciones reguladas en el artículo 39.4).

A. LA REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. EFECTOS DE SU APLICACIÓN A LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EUROPEAS DOMICILIADAS EN ESPAÑA

El derecho de las minorías de accionistas a elegir una parte de los miembros del Consejo se encuentra recogido en la Ley de Sociedades de Capital¹⁴³⁶ (antigua Ley de Sociedades Anónimas), desarrollado mediante el RD de 17 de mayo de 1991 y complementado por el Reglamento del Registro Mercantil¹⁴³⁷. Este derecho consiste en la agrupación de acciones a efectos de poder elegir a los miembros del Consejo, las acciones así agrupadas no podrán participar en la elección de los restantes consejeros por la Junta general¹⁴³⁸. Debe precisarse, con carácter previo, que dicho sistema sólo es de aplicación

¹⁴³⁶ Actualmente, este derecho está recogido en el artículo 243 de la reciente Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, desarrollado por el RD 821/1991 de 17 de mayo). A pesar de que este derecho de representación proporcional tiene carácter imperativo y no puede ser excluido por vía estatutaria, lo cierto es que si podría, de forma indirecta, ser derogable, puesto que bastaría designar en los estatutos, a tenor de lo previsto en el artículo 23.e) de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 9.h) del TRLSA), un órgano de administración que no permita la representación proporcional, es decir administrador único, varios administradores solidarios, dos administradores mancomunados, para que de esta forma decaiga el derecho de las minorías. Véase POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 399-400; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 503-507. Este último autor dice que a su juicio, y a pesar de que la doctrina jurisprudencial ha venido admitiendo la licitud de los acuerdos de modificación de los estatutos que implican la eliminación de los derechos de las minorías, tal doctrina no deja de ser insatisfactoria “pues con ella la tutela ciertamente escasa que ha querido otorgar la Ley a la minoría puede burlarse por la mayoría”, por lo que considera que siendo esto así “debería de estimarse nulo o anulable el acuerdo de la Junta general, al menos cuando sea evidente que la modificación estatutaria únicamente pretende eliminar el derecho de la minoría a tener algún representante en el Consejo”. Es más, si la minoría ha hecho uso de ese derecho, el acuerdo debe de considerarse como nulo por ser contrario a la ley, e incluso si se admite que ejercitada la facultad que se otorga a las minorías nos hallamos ante un verdadero derecho, debería admitirse que la sociedad no puede modificar los estatutos sociales en orden a la estructura del órgano de administración (tanto mediante el acuerdo de reducción del número de miembros del Consejo, como de la sustitución de éste por un administrador único o dos administradores solidarios o conjuntos), salvo que medie el consentimiento de todos los titulares de las acciones agrupadas que hubieran ejercitado el derecho que les confiere la ley.

¹⁴³⁷ Efectivamente, el artículo 140 del Reglamento del Registro Mercantil establece que la inscripción del nombramiento de un miembro del Consejo de administración por el sistema de representación proporcional deberá expresar, además de las indicaciones generales sobre la identidad de los nombrados, la fecha del nombramiento, así como el plazo para el que hubiesen sido nombrados, la circunstancia de que lo han sido por dicho sistema de representación, mencionando las acciones agrupadas con las que se hubiera formado el correspondiente cociente, su valor nominal, clase y serie, si existieran varias, y la numeración de las mismas.

¹⁴³⁸ Cierto es que la competencia para designar a los miembros, tanto del Consejo de administración, como del Consejo de control de las SE que decidan establecerse en España, corresponde a la Junta general y que normalmente dicha elección se efectuará mediante acuerdo mayoritario, si bien este sistema general puede verse alterado cuando entra en juego el sistema de representación proporcional, en cuyo caso estaremos ante un proceso especial de votación que ha de efectuarse en la Junta general, pero no por la Junta general, sino por la minoría de accionistas agrupados a tal efecto. Aunque tal derecho debe de ejercitarse en Junta general, no sólo porque la ley así lo imponga, sino porque además, puede darse el caso de que concurren varias agrupaciones, en tal supuesto habrá de resolverse el orden de los nombramientos (si hay varias vacantes) por el de mayor valor nominal de las agrupaciones y de igual forma, si sólo existiera una vacante, será la agrupación que alcance mayor valor la que nombrará al consejero, quedando excluidas las demás. Por ser el supuesto contemplado un derecho de elección que se otorga a los accionistas minoritarios que decidan agruparse a tal efecto, la ley establece que en el caso de que se haga uso de esa facultad “las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del Consejo” (artículo 243.2 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 137 *in fine* del TRLSA–), pero lo que la ley quiere decir es que las acciones agrupadas no podrán intervenir en la elección de los restantes vocales que se elijan en la misma Junta general, pero además, también se les privará del derecho de voto en las sucesivas Juntas generales, en tanto en cuanto los vocales elegidos permanezcan en el Consejo de administración o Consejo de control. Lo cierto es que los accionistas mayoritarios pueden verse beneficiados por los votos de los accionistas que no asistan a la Junta o que se abstengan; así, por ejemplo, cuando el órgano colegiado se componga de cinco miembros, el grupo minoritario necesitará el veinte por ciento del capital para designar a un consejero, mientras que el grupo mayoritario con un veinticinco por ciento del capital social (cifra que se exige en primera convocatoria, salvo

cuando existe Consejo de administración, según se deduce claramente del tenor literal del artículo 243 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas) y que su aplicación y desarrollo siempre han sido problemáticos¹⁴³⁹.

El sistema de representación proporcional recogido en nuestra legislación tiene carácter imperativo y por tanto, no se puede excluir por vía estatutaria; ahora bien, resulta cuanto menos dudoso que pueda otorgarse ese mismo carácter a una norma reglamentaria como es el RD 821/1991. En principio, parece posible que los estatutos sociales establezcan procedimientos distintos, siempre y cuando se respete el contenido básico del derecho que el legislador ha concedido a las minorías, aplicándose el régimen reglamentario en defecto de disposición estatutaria establecida al respecto.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que el desarrollo del precepto legislativo, relativo a la elección de miembros del Consejo por el sistema proporcional¹⁴⁴⁰, estuvo motivado por los problemas que planteaba su aplicación, con una clara intención de proteger determinados intereses que podían resultar dañados. En consecuencia, determinadas previsiones como pueden ser el estampillado de acciones y los requisitos de inscripción del nombramiento deberán considerarse de carácter imperativo, mientras que otras previsiones, como el plazo de comunicación, los criterios de prelación entre los distintos grupos para cubrir la misma plaza de vocal, etc., deberán considerarse como normas de tipo dispositivo¹⁴⁴¹. Por lo tanto, cabe destacar la naturaleza, en principio dispositiva, de los preceptos del RD de 17 de mayo de 1991, dejando a salvo aquellas materias cuyo

disposición estatutaria en contra, para la constitución válida de la Junta –artículo 193.1 de la Ley de Sociedades de Capital; antiguo artículo 102.1 del TRLSA–) o incluso con un porcentaje inferior (puesto que, en segunda convocatoria, salvo disposición estatutaria en contra, será válida la constitución cualquiera que sea el capital concurrente a la misma –artículo 193.2 de la Ley de Sociedades de Capital; antiguo artículo 102.2. del TRLSA–) podrá designar a los cuatro miembros restantes. Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 508-509.

¹⁴³⁹ En efecto, el artículo 71 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, desarrollado por el Decreto de 29 de febrero de 1952 y por la Orden de 5 de abril del mismo año (hoy derogados), ya contemplaba esta posibilidad. Véase, en este sentido, JUSTE MENCÍA, J., “El sistema de representación proporcional en el Consejo de administración, según el RD 821/1991, de 17 de mayo”, *Revista de Derecho bancario y bursátil*, número 42, 1991, págs. 421-426; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 492-493; GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “El Consejo de administración: concepto y estructura”, ya cit., págs. 1276-1277.

¹⁴⁴⁰ Nuestra Ley de Sociedades de Capital dedica el artículo 243 (antiguo artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas) a la regulación del sistema de representación proporcional. Este artículo se limita a recoger el derecho de las minorías para la elección de los miembros del consejo en función de una determinada proporción y a establecer que las acciones que se agrupen para el ejercicio de tal derecho, no intervendrán a efectos de la elección de los restantes miembros del consejo. A mayor abundamiento, el artículo 7 del R.D. 821/1991 aclara este extremo al indicar que la agrupación de acciones “subsistirá durante el plazo para el que el miembro hubiera sido nombrado” (el tope máximo será el de seis años a tenor de lo dispuesto en el artículo 46 del RESE). El artículo 6 del citado R.D. permite que se nombren tres suplentes sucesivos, por tanto, en caso de que se produzca una vacante correspondiente a un miembro nombrado por los accionistas agrupados, será ocupada por los suplentes designados y si no se hubieran designado suplentes, corresponderá a los accionistas agrupados cubrir la vacante, siempre que no haya transcurrido el plazo para el que fueron nombrados (si la vacante se produce en relación con los miembros designados por la mayoría, será cubierta por ésta, ya que los accionistas agrupados, mientras los miembros que designaron sigan en sus puestos, no podrán intervenir en el nombramiento de los demás miembros).

¹⁴⁴¹ Precisamente, en relación con el plazo de comunicación previsto en el artículo 5 del R.D., se ha argumentado que tan breve plazo tiene el inconveniente de que por una parte, no se garantiza el conocimiento por parte del resto de los accionistas del ejercicio del derecho de agrupación para la cobertura de vacantes y, por otra parte, impide que el resto de los accionistas tengan tiempo para comunicar antes de la Junta su deseo de agruparse para ejercitar igual derecho. Si bien, dado el régimen reglamentario, ha de entenderse que, aunque en principio sea necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos, dichos requisitos pueden ser alterados lícitamente por una norma estatutaria que establezca un régimen diverso, tendente a tutelar de una manera más efectiva los derechos de todos los accionistas en este punto. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 512.

cumplimiento sea necesario para la seguridad de los terceros (requisitos de inscripción, señalamiento de títulos)¹⁴⁴², que tendrán carácter de imperativos.

Este sistema de representación proporcional, regulado en la legislación española, debe de corregirse y adecuarse para su aplicación a las SE que se domicilien en España en función del sistema de administración por el que haya optado la SE (monista o dualista) y del sistema de implicación de los trabajadores, cuando dicha implicación consista en la participación en los órganos sociales.

En las SE que opten por un sistema monista, la representación proporcional de las minorías tendrá lugar en el órgano de administración constituido en órgano colegiado (Consejo)¹⁴⁴³, si bien habrá que tener en cuenta que, en los supuestos en que la implicación de los trabajadores se instrumente mediante la participación de éstos en el Consejo, los puestos reservados para elección o designación por parte de los trabajadores no formarán parte de la base sobre la que las minorías de accionistas podrán ejercer su derecho; si la participación consistiera en poder recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración, tal facultad debe poder ejercerse, si es el caso, sobre los designados por las minorías¹⁴⁴⁴.

Estos mismos criterios son de aplicación al órgano de control para las SE que opten por un sistema dualista, dado el paralelismo que este órgano tiene con el órgano de administración del sistema monista en esta materia relativa al nombramiento de los miembros de los citados órganos¹⁴⁴⁵. A mayor abundamiento, en la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España (que modifica el TRLSA), se recoge literalmente que: “los miembros del Consejo de control serán nombrados y revocados por la Junta general, sin perjuicio de lo dispuesto en... y de lo establecido en el artículo 137 de esta Ley” (actual artículo 243 de la Ley de Sociedades de Capital)¹⁴⁴⁶.

Sin embargo, la aplicación de estos supuestos de nombramiento especial, que vengo comentando, al órgano de dirección del sistema dual resulta más complicada, ya que hay que tener en cuenta que, dada la estructura y composición de dicho órgano, éste puede

¹⁴⁴² JUSTE MENCÍA, J., “El sistema de representación proporcional en el Consejo de administración, según el RD 821/1991, de 17 de mayo”, ya cit., págs. 427-428. En este mismo sentido véase POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 403; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 496.

¹⁴⁴³ A tenor de lo previsto en el artículo 243 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 137 del TRLSA). La redacción del precepto no puede dar lugar a dudas; la aplicación del sistema de cociente en la designación de administradores por la minoría queda reservada por la ley al órgano colegiado constituido en Consejo de administración; este artículo hace una referencia clara a los “componentes del Consejo” y, a mayor abundamiento, el ámbito de aplicación, el Consejo de administración, ha sido reiterado por el artículo 1 del RD de 17 de mayo de 1991.

¹⁴⁴⁴ La Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se complementa el estatuto de la SE en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, al referirse al concepto de participación recoge en el artículo 2 k 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 consecuencia, cuando dicho derecho se refiera a todos los miembros se entiende que tal facultad comprenderá también a los designados por las minorías. La Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, contiene una disposición similar en su artículo 2 l).

¹⁴⁴⁵ En efecto, tal y como ya ha quedado indicado con anterioridad, del examen de los artículos 40.2 y 43.3 del RESE se desprende una total similitud entre los modelos de nombramiento de los miembros del órgano de control del sistema dual y del órgano de administración del sistema monista y ambos se remiten, expresamente, a lo dispuesto en el artículo 47.4, base de legitimación de estos específicos nombramientos.

¹⁴⁴⁶ En efecto, el artículo 333.2 del TRLSA (actual artículo 486 de la Ley de Sociedades de Capital), al igual que el artículo 40.2 del RESE, establece que la competencia para el nombramiento de los miembros del Consejo de control corresponde a la Junta general, dejando a salvo lo dispuesto en la Ley que regule la implicación de los trabajadores y los derechos que puedan corresponder a las minorías de accionistas recogidos en el artículo 243 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 137 del TRLSA).

constituirse como órgano unipersonal¹⁴⁴⁷, lo que haría inviable la aplicación del sistema proporcional de minorías. No habrá, por el contrario, en este órgano de dirección problemas derivados de la participación de los trabajadores, dado que éstos no tienen encaje en el mismo.

Tampoco será de aplicación el sistema proporcional de minorías cuando el nombramiento de los miembros del órgano de dirección, a tenor de lo previsto en el RESE, sea competencia del órgano de control¹⁴⁴⁸. Ahora bien, el problema puede suscitarse en los supuestos en que un Estado miembro establezca, o permita que a través de las correspondientes disposiciones estatutarias se establezca que la elección de los miembros del órgano de dirección se efectúe por la Junta general en las mismas condiciones que se aplican a las sociedades anónimas domiciliadas en su territorio¹⁴⁴⁹. En este caso considero que, a tenor de lo previsto en el RESE, se deberá de tener en cuenta el derecho de las minorías de accionistas para el nombramiento de los miembros del órgano de dirección¹⁴⁵⁰.

Debo puntualizar que esta situación no se dará en los supuestos de las SE que decidan establecerse en España, puesto que el legislador español no ha hecho uso de la autorización concedida por el RESE¹⁴⁵¹ y en consecuencia, los miembros del órgano de dirección serán nombrados por el órgano de control¹⁴⁵².

¹⁴⁴⁷ Considero que, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 39.2 del RESE, el órgano de dirección de las SE podrá tener carácter unipersonal, puesto que tal posibilidad es contemplada por el indicado artículo al estipular que “el miembro o los miembros del órgano de dirección serán nombrados y revocados por el órgano de control”.

¹⁴⁴⁸ Según lo dispuesto en el artículo 39.2 párrafo primero del RESE la competencia para nombrar a los miembros del órgano de dirección corresponde al órgano de control; por lo tanto no puede tener cabida un derecho que se instrumenta a través de la Junta general de accionistas, cual es el derecho de las minorías de accionistas a la elección mediante el sistema proporcional, ya que no se ha asignado a la Junta general el derecho al nombramiento de los miembros del órgano de dirección. En los sistemas dualistas el derecho de representación proporcional, reconocido a las minorías, se ejercitará, en todo caso, en el nombramiento de los miembros del órgano de control.

¹⁴⁴⁹ En virtud de lo preceptuado en el artículo 39.2, párrafo segundo del RESE, se permite que los Estados miembros establezcan o permitan que, a través de las correspondientes disposiciones estatutarias, se disponga que el miembro o miembros del órgano de dirección sean nombrados o revocados por la Junta general, en las mismas condiciones que se aplican a las sociedades anónimas domiciliadas en su territorio. Por tanto, en este supuesto habría que valorar la posibilidad del ejercicio de los derechos de las minorías para la elección de los miembros del Consejo de dirección.

¹⁴⁵⁰ En efecto, el artículo 47.4 del RESE establece el respeto a los derechos, que según lo dispuesto en la legislación de los Estados miembros, puedan corresponder a las minorías de accionistas o a otras personas o autoridades para el nombramiento de una parte de los miembros de los órganos. Tal y como señala QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 718, “cuando esto ocurra se recuperarán las bases que sustenta el derecho de la minoría: primero, porque la asignación del nombramiento a la Junta general permite de nuevo instrumentar la representación proporcional; segundo, porque sí en ese contexto la legislación nacional contempla tal derecho, eso formaría parte de las condiciones que se aplican a las sociedades anónimas domiciliadas en su territorio, lo que constituye otra manifestación más del principio de igualdad de trato tan citado. Me inclino, pues, por admitir la aplicación del artículo 47.4 en este supuesto, esto es, cuando el Estado miembro atribuya o permita atribuir a la Junta general el nombramiento de los miembros del órgano de dirección”.

¹⁴⁵¹ La autorización, de carácter facultativo, contenida en el artículo 39.2., párrafo segundo del RESE, autoriza a los Estados miembros para establecer o permitir que los estatutos dispongan que los miembros del órgano de dirección sean nombrados y revocados por la Junta general, en las mismas condiciones que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales. Hay que tener en cuenta que esta autorización facultativa está limitada por el régimen general aplicable a las sociedades anónimas nacionales, puesto que la autorización otorgada lo es en “las mismas condiciones que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales”.

¹⁴⁵² Si no se hace uso de la autorización específica que con carácter facultativo se recoge en el párrafo segundo del artículo 39.2 del RESE, los miembros del órgano de dirección, a tenor de lo previsto en su párrafo primero, serán nombrados y revocados por el órgano de control. Por consiguiente, los miembros de la Dirección de las SE que decidan establecerse en España serán nombrados y revocados por el Consejo de control.

En relación con el ejercicio de este derecho de representación de las minorías, cabe señalar que no conecta bien con las recomendaciones de composición del órgano administrativo en las sociedades cotizadas, sobre todo si las recomendaciones se han incorporado a los estatutos sociales y por tanto, son de obligado cumplimiento. La posibilidad de que todos los consejeros sean nombrados por la Junta general supone una mayor garantía para asegurar la correspondiente presencia y proporción de consejeros independientes frente a los ejecutivos, dominicales, etc., por lo que encontramos tendencias dirigidas a suprimir la representación proporcional en las sociedades cotizadas¹⁴⁵³. Obviamente, de prosperar tal propuesta desaparecería de nuestra legislación el sistema proporcional de elección por las minorías de accionistas y, en consecuencia, decaería también el presupuesto que permite su aplicación a las SE cotizadas que decidan establecerse en nuestro territorio¹⁴⁵⁴.

B. COOPTACIÓN. EFECTOS DE SU APLICACIÓN A LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EUROPEAS DOMICILIADAS EN ESPAÑA

La legislación española prevé, para las sociedades anónimas nacionales, el nombramiento por cooptación¹⁴⁵⁵ que tiene lugar cuando, durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjeran vacantes en el Consejo. En este supuesto, el Consejo podrá designar de entre los accionistas las personas para ocupar dichas vacantes hasta que se reúna la primera Junta general¹⁴⁵⁶. Debe tenerse en cuenta que la

¹⁴⁵³ En este sentido el artículo 423 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, de 16 de mayo de 2002, excluye expresamente la representación proporcional en las sociedades cotizadas. Véase, también, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 495, que considera que el sistema puede ser eficaz en las sociedades cerradas donde se mantiene una relación entre la propiedad y la gestión. Sin embargo, en las sociedades abiertas, sobre todo en las cotizadas, que tienen un capital disperso el sistema puede resultar inoperante.

¹⁴⁵⁴ Recordemos que el artículo 47.4 del RESE establece este derecho en función de lo dispuesto en las legislaciones nacionales.

¹⁴⁵⁵ En efecto, el artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 138 del TRLSA) se ocupa de la cooptación. Este sistema excepcional para el nombramiento de consejeros sólo será aplicable cuando no haya suplentes designados y la administración se confíe a un órgano colegiado (Consejo de administración). Por consiguiente, en el sistema monista esta práctica sólo podrá emplearse cuando la administración se confíe al Consejo de administración, sin embargo, la cooptación en el órgano de control del sistema dual siempre será posible, puesto que este órgano siempre será un órgano colegiado. El fundamento de esta facultad parece encontrarse en la necesidad de que el órgano de administración (o control) funcionen de la forma más completa posible, lo cual puede conseguirse de forma sencilla mediante este procedimiento (objetivo que también puede conseguirse a través del nombramiento de suplentes –artículo 216 de la Ley de Sociedades de Capital y 147.2 del Reglamento del Registro Mercantil-), evitando con ello la convocatoria de una Junta general que, sobre todo en las sociedades de grandes dimensiones, puede resultar mucho más complejo. Es claro que se trata de una facultad del órgano colegiado, y por tanto éste podrá ejercitarla o no, aunque existan vacantes; pero si la ejercita, deberá hacerlo mediante un acuerdo del órgano colegiado; por tanto surge la cuestión de si sería posible adoptar dicho acuerdo aún en el supuesto de que como consecuencia de las vacantes nos encontráramos con la imposibilidad de que el órgano pudiera constituirse válidamente (según lo preceptuado en el artículo 50 del RESE, salvo que estatutariamente se haya previsto otro quórum, el quórum de constitución será “al menos de la mitad de los miembros presentes o representados”). Cabe la posibilidad de no admitir que el órgano colegiado deficitario pueda designar a uno de sus miembros por cooptación, al tiempo que no se admite la dimisión de los miembros de los órganos en tanto no convoquen la Junta general. Ahora bien, cuestión distinta será que el déficit se produzca por otra causa, por ejemplo, por fallecimiento, inhabilitación. En estos supuestos parece lógico que pueda admitirse la validez de algunos acuerdos, como pueden ser el de convocar la Junta general o incluso el de elegir a un miembro de los órganos de forma que se posibilite el funcionamiento de dichos órganos, aunque sea de forma transitoria. Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 526-527. En este mismo sentido, véase GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “El Consejo de administración: concepto y estructura”, ya cit., págs. 1272-1274.

¹⁴⁵⁶ En la práctica se ha abusado por muchas sociedades de este mecanismo llegando a convertirlo en un método de nombramiento ordinario, limitando así las facultades de la Junta general, en materia de

designación ha de recaer en una persona que tenga la condición de accionista¹⁴⁵⁷ y tendrá lugar sólo en el supuesto de que previamente no se hayan designado suplentes¹⁴⁵⁸.

nombramiento de administradores, a la ratificación de los designados mediante cooptación por el Consejo. Obviamente, la Junta no tiene porque limitarse a ratificar los consejeros así nombrados, puede no ratificarlos y efectuar los nombramientos que considere oportunos, pues este órgano societario ostenta (dejando a salvo los nombramientos especiales –derechos de minorías, nombramientos por determinadas autoridades y en las SE los derechos que puedan corresponder a los trabajadores en cuanto a la designación de los miembros del órgano de control del sistema dual o el órgano de administración del sistema monista-) el poder para el nombramiento de los consejeros y por tanto, la cooptación es una medida excepcional. En este sentido SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 518, recoge: “se ha dicho con acierto que siendo este sistema en apariencia anodino, ha abierto una brecha en la competencia de la Junta general de accionistas y cada vez más ha ido adquiriendo una mayor importancia como forma de nombramiento de los administradores puesto que «si teóricamente la Junta general ha conservado íntegramente sus poderes, resulta extremadamente raro en la práctica que no se incline delante de las decisiones tomadas por el Consejo»”. Igualmente GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “El Consejo de administración: concepto y estructura”, ya cit., pág. 1268, señala: “la doctrina pone de relieve, a nuestro juicio de forma totalmente acertada, pues constata con ello la realidad de nuestra práctica societaria, cómo la cooptación, más que un medio extraordinario para garantizar que el Consejo de las anónimas esté completo, no es otra cosa que la traducción práctica de la preeminencia que los Consejos de administración tienen en la actualidad, pues en realidad supone un mecanismo de elección de los consejeros por el propio Consejo para que luego los elegidos sean meramente ratificados en junta. De ahí la necesidad de una regulación más amplia y detallada de la cooptación, en modo alguno anodina, sino ciertamente importante. La utilización de la cooptación para, en una sesión o varias (cooptación en cadena o en noria), cambiar por completo la fisonomía del Consejo, genera mucha desconfianza por la pasividad a la que se relega a la junta”.

Como regla general los miembros cooptados ocuparan el cargo hasta que se reúna la primera Junta general. El artículo 145.2 del Reglamento del Registro Mercantil establece que la inscripción del nombramiento de administradores mediante cooptación entre accionistas caducará cuando haya concluido la Junta general inmediatamente siguiente al nombramiento, sin que conste en el registro la aprobación por dicha Junta del nombramiento del administrador cooptado; por otra parte, el apartado tercero de dicho artículo dice que el Registrador hará constar la caducidad, mediante nota marginal, cuando deba de practicar algún asiento en la hoja abierta a la sociedad o se hubiera solicitado certificación. De lo que parece deducirse en opinión del profesor SÁNCHEZ CALERO, F., “que no ha de estimarse caducado el nombramiento del administrador cooptado cuando celebrada la Junta general inmediatamente siguiente al nombramiento, no constara en el Registro la aprobación por ella del nombramiento del administrador cooptado, de manera que pudiera pensarse que caducaba en el plazo de los diez días siguientes a la celebración de la Junta sin que se haya inscrito el acuerdo aprobando tal nombramiento, a la vista de lo previsto en el artículo 125 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 215 de la Ley de Sociedades de Capital) , sino que la caducidad no operará aun cuando la inscripción de los acuerdos de la Junta se hagan en un momento posterior”. Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 531.

¹⁴⁵⁷ La exigencia de que el miembro cooptado sea accionista se recoge en el artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 138 del TRLSA). Sin embargo, resulta curioso, que el artículo 139 del Reglamento del Registro mercantil, entre las circunstancias que son necesarias para la inscripción de un nombramiento por cooptación, no recoge la relativa a la condición de accionista. Lo cierto es que además de las circunstancias generales exigibles para la inscripción del nombramiento de consejeros, se requiere que se haga constar el número de vacantes existentes antes de haber ejercitado el Consejo de administración la cooptación y el nombre y apellidos del anterior titular, el plazo para el que había sido nombrado, la fecha en que se hubiera producido la vacante y su causa. Sin embargo, en el artículo 145.2 del Reglamento del Registro mercantil sí se menciona esta circunstancia, ya que al referirse a la caducidad del nombramiento hace referencia expresa a que “la inscripción del nombramiento de administradores por el Consejo de administración mediante cooptación «de entre los accionistas», caducará...”.

¹⁴⁵⁸ Si bien el régimen de cooptación, contenido en nuestra Ley de Sociedades de Capital, tiene carácter dispositivo y por tanto, por vía estatutaria podría eliminarse esta facultad, no parece que sea lo más conveniente, sobre todo en sociedades de grandes dimensiones (especialmente en las sociedades cotizadas), puesto que tener que acudir a una Junta general para proveer las vacantes puede resultar complicado. Por ello, aunque una cláusula estatutaria de este tipo sería lícita no parece que sea conveniente, en todo caso si se quiere suprimir el sistema de cooptación sería aconsejable prever el nombramiento de suplentes (artículo 216 de la Ley de Sociedades de Capital). Ahora bien, si se han designado suplentes, aun cuando no se haya eliminado la facultad de cooptación, deberán ser éstos los que ocupen la vacante, puesto que a tenor de lo dispuesto en nuestra Ley de Sociedades de Capital el mecanismo de cooptación sólo podrá ejercitarse cuando no “existieran suplentes” (artículo 244, en la redacción dada a éste artículo se contiene expresamente la mención de que la facultad de cooptación sólo podrá ser ejercitada cuando no existan suplentes –mención que no contenía el

Este tipo de nombramientos por cooptación debe entenderse, a mi juicio, como una de las salvedades que recoge el RESE¹⁴⁵⁹ al referirse a los derechos que las legislaciones nacionales conceden a otras personas para nombrar a una parte de los miembros de los órganos. Así pues, seguidamente examinaré el efecto que este mecanismo de cooptación, previsto en la legislación española, tendrá en las SE que se domicilien en España.

Si la SE que decide establecerse en España ha optado por el sistema monista habrá que tener en cuenta la forma de implicación de los trabajadores, puesto que la cooptación sólo podrá efectuarse para cubrir las vacantes del grupo de miembros que no procedan del sector de los trabajadores y sólo por éstos; sin perjuicio, en su caso, de dejar a salvo los derechos de recomendar o vetar que pudieran corresponder a los trabajadores, en función de la implicación de éstos. En consecuencia, habrá que tener en cuenta siempre a la hora de ejercer la cooptación el grupo de procedencia de la vacante¹⁴⁶⁰. Similares criterios deben observarse a la hora de aplicar el mecanismo de cooptación al órgano de control en los supuestos de SE que opten por un sistema dualista¹⁴⁶¹.

antiguo artículo 138 del TRLSA-). En este mismo sentido se pronuncia GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., que considera que el artículo 138 del TRLSA (actual artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital) no configura un principio esencial en la estructura de la sociedad anónima, siendo, por tanto, una norma disponible, lo que permite afirmar la licitud del pacto estatutario que elimina la facultad de cooptación; además al ser una facultad discrecional del Consejo, éste puede, siempre que los estatutos no impongan la obligación de hacerlo y siempre dentro del tiempo de que dispone, decidir sobre si procede o no el nombramiento de un nuevo administrador para cubrir la vacante producida, o si por el contrario conviene esperar a la junta, por ejemplo ante la ausencia de candidatos idóneos. Véase GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “El Consejo de administración: concepto y estructura”, ya cit., pág. 1269.

Cuestión diversa es la posibilidad de completar el régimen de cooptación mediante el establecimiento de determinadas cláusulas estatutarias. En este sentido, la DGRN ha venido declarando que los artículos 138 del TRLSA (actual artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital) y 139 del Reglamento del Registro Mercantil establecen unos presupuestos que no pueden ser suprimidos mediante cláusulas estatutarias, constituyendo, por tanto, un sistema rígido. Sin embargo, parece factible entender que, sin suprimir dichos presupuestos, sería posible admitir cláusulas estatutaria que amplíen dicho rigor (por ejemplo, limitar el número de vacantes que podrían ser cubiertas por cooptación, exigir una determinada antigüedad en la condición de accionista o bien, un determinado número de acciones, etc.). Igualmente debería estimarse lícita la cláusula estatutaria que convierta la facultad en un deber, la facultad de cubrir las vacantes, por ejemplo, cuando el número de consejeros desciende de una determinada cifra. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 522.

¹⁴⁵⁹ En efecto, el artículo 47.4 del RESE hace referencia, en función de lo establecido en la legislación nacional de los Estados miembros, a los derechos que a efectos del nombramiento de los miembros del órgano de control del sistema dual (artículo 40.2) y de administración del sistema monista (artículo 43.3) puedan tener conferidos las minorías de accionistas u otras personas o autoridades. Implícitamente puede entenderse que en el término “otras personas” se está contemplado el excepcional mecanismo de cooptación recogido en la legislación española (artículo 244 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 138 del TRLSA–).

¹⁴⁶⁰ Cabe plantearse en este punto la posible colisión entre la cooptación y la representación proporcional. El RD de 17 de mayo de 1991, en aras a evitar posibles problemas en esta materia, prevé la posibilidad de que se nombren hasta tres suplentes, por si por cualquier motivo el consejero nombrado causara baja (artículo 6), no obstante, la facultad de nombrar suplentes es potestativa, por tanto podría suceder que no se nombraran y tuviera lugar la vacante, si bien, tanto del contenido de este artículo 6, como de lo previsto en el artículo 7 del RD, en cuanto a la subsistencia de la agrupación durante el plazo del nombramiento, parece deducirse la voluntad de mantener la representación proporcional, por lo que parece admisible dar prevalencia a la representación proporcional sobre la cooptación. Véase POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 427-431. Por último, señalaré que también en el ámbito de las sociedades cotizadas habrá de tenerse en cuenta el grupo de procedencia de la vacante a la hora de ejercer la cooptación.

¹⁴⁶¹ Efectivamente, el artículo 40.2 del RESE establece que los miembros del órgano de control serán nombrados por la Junta general, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 47 o, en su caso, de las modalidades de participación de los trabajadores. En consecuencia, la expresa remisión que efectúa al artículo 47.4 sirve como base para legitimar los nombramientos especiales, tanto el efectuado por cooptación (que puede entenderse contenido en la referencia efectuada a los derechos de otras personas), como el relativo a los derechos de las minorías.

Especial atención merece el ejercicio de este mecanismo en relación con el órgano de dirección en el sistema dualista, puesto que el propio RESE establece un sistema para la cobertura de vacantes en este órgano¹⁴⁶², consistente en la posibilidad que se otorga al órgano de control para designar, en caso de vacante, a uno de sus miembros para el ejercicio de las funciones de miembro del órgano de dirección que ha vacado¹⁴⁶³. Además, la fórmula establecida por el RESE es de carácter general, puesto que no hace distinción alguna relativa al hecho de que los miembros del órgano de dirección hayan sido elegidos por el órgano de control o por la Junta general, por lo tanto la posibilidad otorgada al órgano de control, consistente en designar a uno de sus miembros para cubrir la vacante producida en el órgano de dirección, cabe en ambos supuestos.

Cuestión distinta es la forma en que se otorga al órgano de control la posibilidad de cooptar, que reviste carácter voluntario; no se impone ninguna obligación, se concede una facultad. La fórmula recogida en el RESE dice: “podrá”¹⁴⁶⁴, expresión que denota, claramente, el carácter de la facultad otorgada. Pero además, dicha facultad se confiere con carácter genérico, en consecuencia el órgano de vigilancia, aún en el supuesto de que los miembros del órgano de dirección hayan sido nombrados por la Junta general¹⁴⁶⁵, podrá ejercitar la cooptación. Por tanto, el órgano de dirección sólo podrá ejercitar la cooptación en su seno, cuando no haya suplentes designados y el órgano de vigilancia no cubra la vacante¹⁴⁶⁶ (puesto que tiene preferencia legal). No obstante, debo puntualizar que esta situación de cobertura de la vacante de miembros del órgano de dirección que hubieran sido designados por la Junta general, no se dará en los supuestos de las SE que decidan establecerse en España, ya que el legislador español no ha hecho uso de la autorización concedida por el RESE¹⁴⁶⁷ y en consecuencia los miembros del órgano de dirección serán nombrados por el órgano de control¹⁴⁶⁸.

¹⁴⁶² Lo cierto es que el artículo 39.3 del RESE, después de declarar la imposibilidad de ser miembro de ambos órganos (de dirección y vigilancia) a la vez (lo que viene a reforzar el principio de separación de funciones entre órganos), permite que el órgano de vigilancia, en caso de vacante producida en el órgano de dirección, designe a uno de sus miembros para ocuparla, si bien, las funciones que el miembro designado desempeñaba en el órgano de vigilancia quedarán en suspenso en tanto en cuanto forme parte del órgano de dirección.

¹⁴⁶³ En estos casos, quedan en suspenso las funciones que como miembro del órgano de control pudieran corresponder al designado para cubrir la vacante del órgano de dirección. El propio artículo 39.3 habilita a los Estados miembros para establecer una limitación temporal a ese período, el legislador español ha establecido que dicho plazo no será superior al año (artículo 484 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 332 del TRLSA–).

¹⁴⁶⁴ Según el artículo 39.3 el órgano de vigilancia “podrá” en caso de vacante designar a uno de sus miembros para ejercer las funciones del miembro del órgano de dirección. En consecuencia, se está otorgando al órgano de vigilancia una facultad potestativa pero con base legal y, por tanto, su ejercicio gozará de preferencia frente a cualesquiera otros derechos previstos en las legislaciones nacionales sobre esta materia.

¹⁴⁶⁵ Esto es, cuando los Estados miembros establezcan o permitan que mediante disposición estatutaria se pueda disponer que los miembros del órgano de dirección sean nombrados por la Junta general en las mismas condiciones que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales (artículo 39.2, párrafo segundo del RESE).

¹⁴⁶⁶ En efecto, el órgano de vigilancia tiene un derecho potestativo y de carácter preferencial otorgado por el artículo 39.3. del RESE para cubrir las vacantes que puedan producirse en el órgano de dirección, aún en el supuesto de que sus miembros hayan sido designados por la Junta general.

¹⁴⁶⁷ Mediante la autorización específica y de carácter potestativo que contiene el artículo 39.2, párrafo segundo del RESE se permite a los Estados miembros establecer, o permitir, mediante disposición estatutaria, que los miembros del órgano de dirección sean nombrados por la Junta general.

¹⁴⁶⁸ Lo cierto es que el párrafo primero del artículo 39.2 del RESE faculta al órgano de control para nombrar y revocar al miembro o miembros del órgano de dirección, sin perjuicio de la autorización específica contenida en su párrafo segundo, que permite a los Estados miembros establecer o permitir que, mediante disposición estatutaria, se pueda disponer que los miembros del órgano de dirección sean nombrados por la Junta general en las mismas condiciones que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales. Por consiguiente, si los Estados miembros no hacen uso dicha autorización, los miembros del órgano de dirección serán nombrados y revocados por el órgano de control.

A mi juicio, el mecanismo de la cooptación lo que trata es de garantizar la completitud del Consejo hasta que la Junta general, en la primera reunión que celebre, adopte las pertinentes disposiciones, evitando de esta forma el funcionamiento de Consejos mermados. Ahora bien, dado que los miembros del Consejo de dirección de las SE que se establezcan en España y opten por el sistema dual serán nombrados por el Consejo de control, considero que no será aplicable el sistema de cooptación, puesto que las reuniones del Consejo de control no revisten la misma complejidad que, sobre todo en las sociedades de grandes dimensiones, tiene la convocatoria de una Junta general y a mayor abundamiento, pienso que el Consejo de control deberá procurar el adecuado funcionamiento del Consejo de dirección, por lo que en el caso de que se produzcan vacantes en su seno, que vengán a mermar su capacidad de gestión, el Consejo de control, para evitar los efectos negativos que pudieran derivarse de tal situación, deberá efectuar en el ejercicio de las funciones de vigilancia de la gestión que tiene encomendadas, los nombramientos que fueran necesarios para garantizar el óptimo funcionamiento del Consejo de dirección.

4. INCIDENCIA DEL ARTÍCULO 75 DE LA LEY ORGANICA 3/2007 EN LA COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EUROPEAS DOMICILIADAS EN ESPAÑA

Quiero hacer una breve referencia sobre la incidencia que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante Ley de igualdad) y concretamente su artículo 75, puede tener en la composición de los diversos órganos de las SE domiciliadas en España¹⁴⁶⁹. Según se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley de igualdad, al referirse al Título VII, “en este Título, y en el marco de la responsabilidad social corporativa, se ha incluido el fomento de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles, concediendo para ello un plazo razonable. Es finalidad de esta medida que el criterio prevalente en la incorporación de consejeros sea el talento y el rendimiento profesional, ya que, para que el proceso esté presidido por el criterio de imparcialidad, el sexo no debe constituir un obstáculo como factor de elección”. El objetivo fijado y el criterio empleado en la Exposición de Motivos de la Ley resultan loables, ya que se trata de que, ante supuestos de igualdad, no se den situaciones de discriminación por razón de sexo. Asimismo, el primer artículo de la Ley marca el propósito de la misma, ya que establece que “esta Ley tiene como objetivo hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria”¹⁴⁷⁰. Ahora bien, discrepo ante la forma en que,

¹⁴⁶⁹ Recordemos que a tenor de lo previsto en el artículo 9.1.c) ii) del RESE cuando se trata de materias no reguladas o, en el supuesto de materias reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos por el RESE resultaran de aplicación las normas relativas a las sociedades anónimas nacionales y, a mayor abundamiento, el artículo 10 del citado texto comunitario declara la igualdad de trato entre las SE y las sociedades anónimas nacionales.

¹⁴⁷⁰ Tal y como señala GARCÍA MURCIA, J., “La Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una presentación general”, *Derecho de los Negocios*, número 200, mayo 2007, pág. 53: “...es un texto que tiene su última raíz en el artículo 14 de la Constitución, pero también quiere actuar como vía de entrada de las declaraciones internacionales en la materia y, sobre todo, como cauce de transposición de las directivas comunitarias para la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres” más adelante añade que el indicado texto legal depara dos sorpresas de un lado, “su absoluto silencio acerca de la Directiva 2006/54 (de refundición de las anteriores Directivas de igualdad entre hombre y mujeres en materia de empleo y condiciones de trabajo)... y la ausencia de toda mención de la Directiva de 1975 acerca de la igualdad,

finalmente, se han plasmado estas intenciones en el artículo 75 que dice lo siguiente: “las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración¹⁴⁷¹ un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley”.

Por tanto, su ámbito de aplicación queda reducido a las grandes empresas (las obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada)¹⁴⁷², su contenido

también por razón de sexo, en materia salarial; de otro, el reducido alcance de su carácter orgánico, que, pese a figurar pormosamente en su mismo título, se limita a las reglas contenidas en sus disposiciones adicionales 1ª, 2ª y 3ª (según nos aclara su misma disposición final 2ª) que pueden tener mucha relevancia desde luego, pero que constituyen, obviamente, una parte muy minoritaria y restringida del texto legal en cuestión”. Según manifiesta REQUERO IBÁÑEZ, J. L., “Constitucionalidad y marco jurídico de la Ley sobre igualdad efectiva entre hombres y mujeres”, *Políticas de Género*, Cuadernos de Derecho judicial, V-2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pág. 391 “la Constitución Española no se limitó a recoger el principio de igualdad formal (artículo 14), propio de esa tradición constitucionalista, ni le bastó configurarlo como derecho fundamental especialmente tutelable (artículo 53.2). Dio un paso más con el ya citado artículo 9.2, precepto que contiene un dinamismo especial al fijar uno de los «argumentos» que comprometen a los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1): promoción de la igualdad, remoción de los obstáculos que impidan que esa igualdad sea real y efectiva. Cobra así lógica la reacción frente a situaciones de desigualdad manifiesta, persistente y continuada respecto a un grupo concreto de individuos, justificándose, por ejemplo, la adopción de medidas de acción positiva que procuren la equiparación real y efectiva de los individuos”.

¹⁴⁷¹ Según indica SENENT VIDAL, M. J., “Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles”, *Comentarios a la Ley de igualdad: Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, GARCÍA NINET, J. I. (director) y GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (coordinadora), CISS, Valencia, 2007, pág. 550, “se contarán entre los sujetos obligados cualesquiera personas jurídicas que, estando obligadas a formular cuenta de pérdidas y ganancias no abreviadas, procedan a nombrar un órgano general de administración, aunque su denominación no sea exactamente la de «Consejo de administración». Lo contrario implicaría dejar fuera del alcance de la norma a entidades de una significativa trascendencia económica y social, como las Cajas de Ahorro y otras fundaciones con actividad económica o las cooperativas (agrarias, de crédito, de vivienda, etc.), más adelante en la pág. 551 añade que “la medida de acción positiva que se propone en el artículo 75 de la Ley Orgánica de Igualdad se circunscribe a los nombramientos del Consejo de administración, siquiera sea entendida la acepción como referida al más genérico «órgano de administración». Ya hemos formulado antes nuestra interpretación de aplicación extensiva de la norma a cualquier nombramiento de miembros del órgano general de administración (sea o no su denominación exactamente la de «Consejo de administración») de personas jurídicas que se «encuentren o actúen en territorio español» (artículo 2.2. de la Ley Orgánica de Igualdad), en la medida en que estén obligadas a formular cuenta de pérdidas y ganancias no abreviadas”.

¹⁴⁷² Tal y como señala HUERTA VIESCA, M. I., *Las Mujeres en la Nueva Regulación de los Consejos de Administración de las Sociedades Mercantiles Españolas (Artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 29, “el legislador parece reconocer, implícitamente, que no debe establecer una fórmula legal común para todos los Consejos de administración de todas las empresas españolas”. En opinión de CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., “La presencia equilibrada de hombres y mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles”, *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (coordinadores), Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 194 “...la opción legislativa se dirige, en especial, a sociedades de grandes dimensiones, excluyendo a las pequeñas y medianas sociedades. Y, en particular, el modelo se orienta principalmente hacia sociedades anónimas de cierta entidad. De ahí que la propia Ley de Igualdad modifique la indicación novena del artículo 200 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 260, indicación octava, segundo párrafo de la Ley de Sociedades de Capital) relativo al contenido de la memoria integrante de las cuentas anuales, para añadir: «la distribución por sexos al término del ejercicio del personal de la sociedad, desglosado en un número suficiente de categorías y niveles, entre los que figurarán el de altos directivos y el de consejeros»”. También puede consultarse este artículo de CAMPUZANO, A. B., en *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, MERCADER UGUINA, J. R. (coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 435-452.

normativo no presenta un claro carácter obligacional, por el contrario, muestra cierta ambigüedad al emplear el término “procurarán” y además, no prevé ningún tipo de sanción en caso de incumplimiento¹⁴⁷³.

Doctrinalmente nos encontramos con diferentes sectores de opinión. Un gran sector entiende que estamos ante un precepto que no tiene carácter imperativo y que es simplemente recomendatorio¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷³ En este sentido GARCÍA MURCIA, J., “La Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una presentación general”, ya cit., págs. 56-57, señala, en relación con el artículo 75, que la cuestión de la que se ocupa “ha quedado resuelta en términos un tanto vaporosos e imprecisos desde el punto de vista de su imperatividad («procurarán», dice exactamente el precepto legal), y que tampoco ha venido acompañada de ninguna previsión específica de sanción para el caso de no ser atendida (al menos en el contexto de la LISOS, y sin perjuicio de lo que pueda deparar la modificación introducida en el artículo 200 de la Ley de Sociedades Anónimas, a propósito del contenido de la memoria social –actual artículo 260, indicación octava, segundo párrafo de la Ley de Sociedades de Capital–). No obstante, la medida de incorporación de las mujeres a los órganos de administración ha sido criticada por la patronal. Desde la CEOE se consideró como un atentado contra la libertad del empresario. Véase HERRANZ, D., “Europa por la igualdad”, *Escritura Pública*, número 43, enero-febrero 2007, pág. 43. Ciertamente, como recoge RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., “¿Igualdad, o no discriminación en las relaciones de trabajo? (En torno al artículo 17)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 100, marzo/agosto 2000, pág. 525, que “el mandato de igualdad tiene como límite el poder de libre dirección de la empresa entendido conforme a las reglas de la sana crítica y el propio sentido común: el empresario es, por supuesto, libre de hacer la selección que entienda más provechosa para el éxito de su negocio; lo que prohíbe el mandato de igualdad es que ese criterio selectivo sea machista, racista, clasista, antisindical o contrario a los principios de dignidad e igualdad de todos los trabajadores, que protegen el Estatuto de los Trabajadores y la propia Constitución”; en el mismo sentido SENENT VIDAL, M. J., “Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles”, ya cit., pág. 546, indica que “el derecho al libre ejercicio de la actividad empresarial no se había considerado hasta ahora vulnerado por la cada vez mayor cantidad de normas que se dirigen a su ordenación en los diferentes ámbitos del mercado... «van desde los de índole formal y procedimental (convocatoria de los órganos sociales, información exigible, derechos de las minorías...) hasta los sustantivos en torno a la cualificación de tales administradores». No parece haber graves objeciones de inconstitucionalidad al hecho de que se establezcan normas que exijan determinados requisitos... sólo cuando se propone adoptar medidas que tiendan a corregir la discriminación por razón de sexo aparecen dudas de constitucionalidad”. Por su parte, CABALLERO SÁNCHEZ, R., “La igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental”, *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, MONTOYA MELGAR, A. (director), SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (coordinadora), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 28, dice que “...más que ante una ley de igualdad, estamos ante lo que podemos calificar como una ley de desigualdad o de promoción de acciones, medidas y políticas positivas en pro de la mujer, tradicionalmente en posición de desventaja frente al hombre, que «persiguen la equiparación real de trato y de oportunidades para todos ellos en nuestra sociedad». Sin embargo, y aunque a priori no lo parezca, el incumplimiento de lo previsto en este precepto puede acarrear determinadas consecuencias jurídicas. Véase, en relación con las consecuencias del incumplimiento del artículo 75 de la Ley de igualdad HUERTA VIESCA, M. I., *Las Mujeres en la Nueva Regulación de los Consejos de Administración de las Sociedades Mercantiles Españolas (Artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, ya cit. págs. 379-411.

¹⁴⁷⁴ Véase, en este sentido, FUENTES NAHARRO, M., “La igualdad en la responsabilidad social de las empresas”, *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, MONTOYA MELGAR, A. (director), SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (coordinadora), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 503, donde recoge que el texto legal “establece, como una suerte de recomendación («procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres...», cfr. Artículo 75 LOI), que las grandes empresas de nuestro país busquen una composición equilibrada de mujeres y hombres en sus consejos de administración”; SENENT VIDAL, M. J., “Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles”, ya cit., págs. 550-551, donde señala que “la forma que ha adoptado el fomento de la presencia equilibrada en las personas jurídicas privadas es ciertamente perturbadora de los cánones del lenguaje jurídico: si bien utiliza un tiempo verbal imperativo, lo que se conjuga es un verbo «escasamente prescriptivo»... Por ello, para concluir sobre la obligatoriedad o voluntariedad de la norma conviene acudir a las condiciones en que tal «procura» se ha de realizar”, más adelante añade que “se ha vaciado, pues, de contenido obligatorio el artículo 75 de la Ley Orgánica de Igualdad, haciendo desaparecer la obligación mínima anual de nombramientos y sustituyendo el mandato implícito de la fórmula «se producirán» por la más ambigua locución de «se tendrán en cuenta

Otro sector considera que el artículo 75 no se limita a establecer una mera recomendación, sino que contiene una obligación de medios, se exige el cumplimiento de una determinada diligencia, sin imponer la consecución de la presencia equilibrada; se está exigiendo, por tanto, un *standard* de diligencia con el fin de realizar, en la medida de lo posible, la previsión contenida en dicha norma¹⁴⁷⁵. En consecuencia esas sociedades no harán “diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa” porque quieren, lo que supondría entender que en el artículo 75 de la Ley se establece meramente una

para»”; CASTRO ARGÜELLES, M. A. y ÁLVAREZ ALONSO, D., *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 103-104, consideran que “la representación equilibrada se propugna en muy diferentes ámbitos y con grados de vinculación también diferentes:...y se formula a modo de recomendación de tipo *soft law* y de cumplimiento progresivo para la formación de los Consejos de administración de las sociedades mercantiles privadas”; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., “La presencia equilibrada de hombres y mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles”, ya cit. pág. 196, donde recoge que “por más que la previsión se encuentre incorporada a una norma con rango de Ley, conserva la naturaleza voluntaria predominante en las acciones de responsabilidad social corporativa. No hay duda, pues, de que la consolidación de este principio en las empresas privadas incluidas en la norma dependerá, esencialmente, de ellas y de la repercusión externa que implique su adopción”. Asimismo, la Vicepresidenta de la Comisión Europea Viviane Reding (del Partido Popular Europeo), considera que “en España la Ley de Igualdad 2007 solo hace una recomendación para conseguir la paridad en los Consejos de administración antes del año 2015, pero al ritmo actual dicha paridad no se conseguirá antes de 50 años”. Además, añadió que las empresas europeas tenían un año (hasta el 2012) para la incorporación de las mujeres en los puestos de responsabilidad y amenazó con la imposición de cuotas. Dicha medida que ya es una realidad en Noruega (país que no pertenece a la UE) ha obtenido óptimos resultados; en 2003 se aprobó una Ley de paridad de sexos (no menos del 40 por ciento para ninguno de ellos) en las cúpulas directivas y ha logrado aumentar la representación femenina de un 22 por ciento en 2004 a un 42 por ciento en 2009. Francia también ha adoptado, recientemente, una medida de este tipo exigiendo al menos un 20 por ciento de mujeres en los Consejos en tres años, y un 40 por ciento en seis años; esta Ley de cuotas está dirigida a empresas que cotizan en bolsa y a compañías con más de quinientos trabajadores o con un volumen de negocios y/o activos superiores a cincuenta millones de euros. Véase “Cuotas femeninas por Ley en España y después en la UE. Conciliación e igualdad”, www.mujieryempresa.es.

Lo cierto es que en la pág. web de la Comisión puede leerse una noticia de 8 de marzo de 2012 donde Viviane Reding considera que ya es hora de que Europa rompa el techo de cristal que todavía impide al talento femenino acceder a las más altas responsabilidades en las empresas europeas cotizadas, y añade que ha puesto en marcha una consulta pública para estudiar la aplicación de medidas a escala de la UE, incluidas las medidas legislativas, para corregir el desequilibrio entre hombres y mujeres que caracteriza a los Consejos de administración de las empresas. Véase la pág. web: http://ec.europa.eu/commission/2010-2014/reding/multimedia/news/2012/03/20120308_fr.htm. También puede consultarse ABELLÁN, L., “Bruselas avanza hacia las cuotas de mujeres en los consejos de administración”, diario digital *El País*, lunes 5 de marzo de 2012, pág. web: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/03/05/actualidad/1330966542_102101.html, donde se recoge que “Bruselas ha puesto hoy la primera piedra para endurecer las políticas que fomentan la presencia de mujeres en las cúpulas empresariales. Un año después de presentar una iniciativa voluntaria para las compañías, la Comisión Europea constata que los resultados son “decepcionantes” y se dispone a dar el siguiente paso. Las palabras de la comisaria de Justicia, Viviane Reding, responsable de este proyecto, apuntan a la fijación de cuotas en los Consejos de administración, una propuesta que se prepara para después del verano”.

¹⁴⁷⁵ Véase HUERTA VIESCA, M. I., *Las Mujeres en la Nueva Regulación de los Consejos de Administración de las Sociedades Mercantiles Españolas (Artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, ya cit., pág. 312-314. En apoyo de esta teoría EMBID IRUJO, J.M., “Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR, M A., BAÑO LEON, J.M, EMBID IRUJO, J. M. y GOERLICH PESET, J. M (coordinadores), La Ley, Madrid, 2008, pág. 340, donde recoge que “...nos encontramos ante una obligación de medios, cuyo satisfactorio cumplimiento está vinculado al empleo de la diligencia debida por parte de las sociedades afectadas por la norma; así, estas sociedades harán, dentro del marco de su diligencia, todo lo posible para que se consiga, dentro el plazo establecido en la Ley, la ya referida presencia equilibrada de mujeres y hombres en el Consejo de administración, sin que la ausencia de este resultado, *per se*, haya de considerarse incumplimiento de su obligación”.

recomendación, sino porque deban, cumpliendo la obligación (de medios) establecida al efecto en dicha norma¹⁴⁷⁶.

Finalmente, encontramos un tercer sector de opinión, al que me adhiero, que piensa que estamos ante una obligación de resultados, entendiendo que el término “procurar” conlleva el ejercicio de las acciones necesarias para “conseguir”, máxime teniendo en cuenta que el objetivo a lograr está en consonancia con uno de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución¹⁴⁷⁷, derechos de igualdad y no discriminación por razón de sexo. En este sentido la profesora Huerta Viesca considera que “desde que entra en vigor el artículo 75 de la Ley de igualdad, la incorporación de las mujeres a los Consejos de administración de las sociedades mercantiles no es una conducta que las empresas destinatarias puedan o no respetar según les parezca... por el contrario, el legislador establece, con la norma positiva, una fórmula de conducta, un deber de actuación, a seguir por las empresas destinatarias necesariamente, siempre que se cumplan los presupuestos... dado que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio general informador del Ordenamiento jurídico, que debe integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de todas las normas jurídicas”¹⁴⁷⁸.

Después de este somero examen del contenido normativo del artículo 75 de la Ley de igualdad, creo conveniente fijar nuestra atención en su aplicación a las SE que decidan establecerse en España y opten por el sistema dual. Considero que deberá de aplicarse tanto al órgano de dirección como al de supervisión (Consejo de dirección y Consejo de control)¹⁴⁷⁹.

También cabe plantearse en un sistema monista con delegación de facultades, la posibilidad de aplicar el artículo 75 de la Ley de igualdad a los Comités ejecutivos y comisiones. La doctrina está dividida, frente a los que opinan que no sería posible su

¹⁴⁷⁶ EMBID IRUJO, J. M., “Igualdad de género y poder de decisión en la empresa. La participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles”, *El Cronista del Estado social y Democrático de Derecho*, Iustel, número 0, octubre de 2008, pág. 89. Este autor añade, además, que “el cumplimiento de la indicada obligación de medios, por su propia naturaleza, no traerá consigo necesariamente la presencia equilibrada de hombres y mujeres en el correspondiente Consejo de administración. Es bien posible, sin duda, que ese resultado se produzca, tras el comportamiento diligente de la sociedad afectada; pero en cuanto que la obligación impuesta por el artículo 75 es de medios y no de resultado, no cabe afirmar la conexión necesaria entre cumplimiento de la obligación y satisfacción del fin perseguido por dicha norma” (págs. 89-90).

¹⁴⁷⁷ En efecto, el artículo 14 de la Constitución española recoge el principio de igualdad y no discriminación, estableciendo que “los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

¹⁴⁷⁸ HUERTA VIESCA, M. I., *Las Mujeres en la Nueva Regulación de los Consejos de Administración de las Sociedades Mercantiles Españolas (Artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, ya cit., pág. 321. También MERINO SEGOVIA, A., *Igualdad de género, empresa y responsabilidad social*, Bomarzo, Albacete, 2009, pág. 68, considera que “aparentemente el precepto no hace más que exhortar o recomendar a las empresas la paridad en los Consejos de administración; sin embargo, el término «procurarán» que utiliza el artículo 75 sugiere una acción, una obligación de «hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa»...”.

¹⁴⁷⁹ En este mismo sentido se pronuncian EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, ya cit., págs. 336-337, aunque por referencia a la Comisión ejecutiva, señala que “no habrá problema alguno en extrapolar a su ámbito las reglas contenidas en el artículo 75, a la vista de que en ese supuesto viene a establecerse una suerte de «mini-consejo», cuyas reglas de ordenación y funcionamiento no se alejarán demasiado de las propias del consejo”; HUERTA VIESCA, M. I., *Las Mujeres en la Nueva Regulación de los Consejos de Administración de las Sociedades Mercantiles Españolas (Artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, ya cit., págs. 296-297.

aplicación más allá del Consejo de administración, nos encontramos con otro sector, al que me sumo, que considera que alcanzaría también a los órganos delegados¹⁴⁸⁰.

Lo cierto es que en España la incorporación de las mujeres a los Consejos no lleva visos de alcanzar en 2015 “la presencia equilibrada” entre hombres y mujeres. España está muy lejos de alcanzar los niveles de igualdad de países como Noruega o Suecia. Marta Colomina, directora de *Márketing* Relacional de PwC, comenta que en España “en 2005, había diecisiete consejeras en las empresas del Ibex; después de cinco años, la cifra apenas alcanza las cincuenta y cuatro mujeres. Si seguimos con esta tendencia de crecimiento, la igualdad en las empresas llegará en el año 2027”¹⁴⁸¹.

La Vicepresidenta de la Comisión Europea y Comisaria de justicia Viviane Reding anunció en marzo de 2011, que si no se adoptaban medidas destinadas a incorporar a más mujeres en puestos de responsabilidad se impulsarían medidas de cuotas. Las destinatarias del ultimátum son las empresas europeas que cotizan en bolsa. “Dentro de un año, en el día internacional de la Mujer, es decir, el 8 de marzo del 2012, la Comisión Europea evaluará si ha habido un progreso significativo”, reiteró la Comisaria en una entrevista con periodistas en un seminario en Bruselas. Si no ve mejoras, planteará el recurso a fijar por ley una cuota femenina a modo de trampolín. El objetivo de Viviane Reding es que las empresas que cotizan en bolsa cuenten con un 30% de mujeres en sus Consejos de administración en el 2015, y que sean el 40% en el 2020¹⁴⁸². Lo cierto es que con fecha 8 de marzo de 2012, puede leerse en la página web de la Comisión una noticia donde Viviane Reding considera que ya es hora de que Europa rompa el techo de cristal que todavía impide al talento

¹⁴⁸⁰ En este sentido EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, ya cit., pág. 337, considera que “el reglamento del Consejo y, más precisamente, la parte específica relativa a la Comisión ejecutiva, será la sede idónea para reflejar el compromiso de «procurar» la presencia equilibrada en su seno de mujeres y hombres”; más adelante añade que “ idénticos criterios pueden formularse, a su juicio, respecto de la composición y renovación de la comisiones que, en el seno del propio Consejo, se establezcan (nombramientos, retribuciones, auditoría, etc.), asunto que afecta, sobre todo, a las sociedades cotizadas en Bolsa y que, como tantos otros temas en dicho sector, es resultado de las ideas propias del «gobierno corporativo»”. Por su parte, HUERTA VIESCA, M. I., *Las Mujeres en la Nueva Regulación de los Consejos de Administración de las Sociedades Mercantiles Españolas (Artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, ya cit., pág. 296, considera que “ésta es la interpretación más acertada, pues de lo contrario bastaría con vaciar de las competencias más relevantes al Consejo a través de la creación de comisiones ejecutivas no paritarias, para dar al traste con el objetivo de la norma y convertir a las mujeres consejeras en consejeras florero”. Sin embargo, añade, más adelante, que “esta interpretación probablemente no será pacífica en el futuro de nuestro sistema...”. En contra FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., “El Consejo de Administración: reflexiones corporativas sobre la “cuestión de género”, *La Ley*, número 7224, 23 de julio de 2009, pág. 2, donde recoge que “no debe haber, en suma, paridad si la fórmula de administración escogida fuera la de dos o, en su caso, más administradores solidarios o mancomunados. Si esto es así para éstos, también debe serlo para los Consejeros delegados (ya opere la delegación vía orgánica, ya vía de apoderamiento general)”.

¹⁴⁸¹ Véase PUGLISI, J. A., “El 70% de las empresas no cuenta con ninguna mujer en su órgano de gestión y los expertos ven difícil que se cumpla el plazo establecido por la Ley de igualdad para alcanzar la paridad en 2015. El retraso será de más de una década”, diario *Expansión digital*, miércoles 22 de junio de 2011, www.expansion.com. En opinión de CARCEDO, D., “Iguales a *part time*”, *Escritura Pública*, número 43, enero-febrero 2007, pág. 43, “...una cosa son los textos legales y otra bastante distinta la aplicación práctica que hacen los gobiernos, los tribunales de Justicia y, sobre todo, las empresas. En España observamos con lamentable frecuencia sentencias judiciales que, al menos en su filosofía, destilan un tufo machista que echa para atrás. Hay traumas heredados de tiempos recientes que, por lo que se observa, cuesta erradicar. Lo mismo ocurre en otros países de los llamados de nuestro entorno. Italia quizás sea el que aún tiene más arraigados en el subconsciente colectivo algunas ideas retrógradas que en la práctica se reducen a mantener viva la tradición de que la mujer debe estar en un segundo plano respecto al hombre. En definitiva, iguales sí, pero aún a *part time*. Aparentemente son los países nórdicos los que tienen las legislaciones y prácticas más avanzadas respecto a la igualdad. De allí provienen las primeras iniciativas de discriminación positiva destinadas a lograr que las diferencias ancestrales se salden con la mayor rapidez”.

¹⁴⁸² Véase “Objetivo 2015: 30% mujeres en Consejos de administración UE”, en la página web: www.mujeryempresa.es.

femenino acceder a las más altas responsabilidades en las empresas europeas cotizadas, y añade que ha puesto en marcha una consulta pública para estudiar la aplicación de medidas a escala de la UE, incluidas las medidas legislativas, para corregir el desequilibrio entre hombres y mujeres que caracteriza a los Consejos de administración de las empresas.

III. DURACIÓN DEL CARGO DE LOS MIEMBROS DE LOS ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

El RESE establece las reglas básicas, tanto en lo que se refiere a la duración del mandato de los miembros de los órganos de ambos sistemas de administración (dual y monista), como en lo tocante a la reelección de los mismos. Siguiendo los criterios usuales en los ordenamientos societarios nacionales fija un plazo máximo de duración compatible con la disponibilidad estatutaria y con la reelección indefinida.

1. PLAZO DEL NOMBRAMIENTO

El RESE fija un plazo, común para los miembros de los órganos de ambos sistemas de administración, que no podrá exceder de los seis años¹⁴⁸³, aunque deja a la autonomía de la voluntad, expresada a través de los estatutos sociales, la posibilidad de fijar el plazo que tengan por conveniente, siempre con el límite máximo de los seis años. El RESE dispone que la duración del mandato se establezca en los estatutos sociales, sin embargo el tope legal de seis años no puede ser sobrepasado por los mismos.

Por lo tanto, caben nombramientos para uno, dos, tres, etc., años y caben, con alguna duda, nombramientos hechos no por años sino a término fijo; pero no caben nombramientos para más de seis años, ni indefinidos, ni vitalicios, ni medidos de tal manera (hasta cierta edad del nombrado o hasta cierto momento) que implicarían de hecho desconocimiento de la temporalidad máxima legal¹⁴⁸⁴.

A tenor de lo previsto en el RESE, si los estatutos no señalan plazo supletoriamente se aplicarán los seis años¹⁴⁸⁵. El Proyecto de estatuto de 1970 se remitía, en cuanto a la duración del cargo de los miembros del órgano de control, al plazo que se fijara estatutariamente, aunque dicho plazo no podía exceder de cinco años por disposición legal¹⁴⁸⁶ y recogía la posibilidad de reelección de los mismos¹⁴⁸⁷. El Proyecto de 1975 se

¹⁴⁸³ El RESE en su artículo 46.1 determina de forma general y con carácter expreso la temporalidad del cargo de los miembros de los órganos, limitando su duración a un periodo de seis años, aunque se concede la libertad para que estatutariamente se fije el plazo, claro está, teniendo como límite el plazo máximo establecido legalmente.

¹⁴⁸⁴ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 721.

¹⁴⁸⁵ El antiguo artículo 126 del TRLSA (actual artículo 221.2 de la Ley de Sociedades de Capital) fijaba un plazo máximo de cinco años, por lo que de haberse mantenido su redacción nos encontraríamos con que los administradores de las SE domiciliadas en España dispondrían de un plazo superior al fijado para las sociedades anónimas nacionales. No obstante, este artículo fue modificado por la Ley 19/2005 de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España (BOE número 273 de 15 de noviembre), y en su redacción (al igual que lo ha hecho la actual Ley de Sociedades de Capital) se recogió, entre otros aspectos, la duración máxima de seis años en el ejercicio del cargo para todos los administradores de las sociedades anónimas, dejando a salvo la posibilidad de que estatutariamente se fije el plazo de duración que se considere pertinente, siempre en condiciones de igualdad para todos los administradores y sin que puedan superarse los seis años establecidos legalmente.

¹⁴⁸⁶ Según lo previsto en el artículo 74.3 del Proyecto de 1970, los miembros del Consejo de vigilancia eran elegidos por la Junta general por el plazo que se determinara en los estatutos, aunque dicho plazo no podía exceder de cinco años.

¹⁴⁸⁷ En efecto, el Proyecto de 1970 dedicaba el artículo 75.1 a la regulación de la reelección, aunque su contenido se limitaba simplemente a declarar que “los miembros del Consejo de vigilancia eran

limitaba, en cuanto a los miembros del órgano de dirección, a fijar un plazo máximo de seis años y a establecer la posibilidad de reelección sin hacer mención alguna a la determinación del plazo a través de los estatutos sociales¹⁴⁸⁸; en relación con los miembros del órgano de control, fijaba un plazo de cuatro años con posibilidad de reelección¹⁴⁸⁹. Los Proyectos de 1989 y 1991 se remitían al plazo que se fijara estatutariamente, si bien dicho plazo no podía exceder de seis años por disposición legal. No obstante, el Proyecto de 1989, a diferencia del de 1991, establecía, para los miembros designados por los accionistas en la escritura de constitución de la SE, un período que no podía ser superior a tres años y en ambos proyectos se recogía la posibilidad de reelección¹⁴⁹⁰.

En relación con el plazo el RESE se limita a lo ya comentado en párrafos precedentes, por lo tanto las cuestiones relativas a su computo (momento inicial, momento final), caducidad del nombramiento (administrador de hecho), etc.¹⁴⁹¹ deberán de resolverse, en función de la jerarquía de fuentes establecida por el propio RESE¹⁴⁹², por lo previsto al efecto en las legislaciones nacionales del domicilio de la SE. En este sentido el legislador español, en la Ley 19/2005¹⁴⁹³, estableció que el nombramiento de los administradores de nuestras sociedades anónimas caducará cuando una vez vencido el plazo, se haya celebrado la Junta general siguiente o hubiese transcurrido el término legal para la celebración de la Junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior¹⁴⁹⁴ (Junta

reelegibles”. Cabe considerar, por tanto, que no existía límite en cuanto a las veces en que podían ser reelegidos.

¹⁴⁸⁸ A tenor de lo previsto en el artículo 63.2 del Proyecto de 1975, los miembros del Comité de dirección eran nombrados por el Consejo de vigilancia por un período que no podía exceder de seis años, aunque su mandato podía ser renovado. No se establecía ningún límite en cuanto a las veces en que podía renovarse el mandato.

¹⁴⁸⁹ En el Proyecto de 1975, la duración del mandato de los miembros del Consejo de vigilancia se fijaba por el artículo 74-c) 1 en cuatro años y además se estipulaba que los miembros del Consejo de vigilancia podían ser reelegidos. Por tanto, no se establecía ningún límite en cuanto al número de reelecciones.

¹⁴⁹⁰ Efectivamente, el párrafo primero del artículo 68 de los Proyectos de estatuto de 1989 y 1991, en cuanto al plazo del nombramiento de los miembros de los órganos, se remitía a las previsiones estatutarias; ahora bien, en los estatutos no se podía fijar un plazo superior a seis años. El párrafo segundo del artículo 68 del Proyecto de 1989, contenía una excepción al plazo establecido con carácter general, dicha excepción concernía a los primeros miembros, tanto del órgano de vigilancia de los sistemas duales, como a los del órgano de administración de los sistemas monistas, cuyo nombramiento en la escritura de constitución de la SE no podía ser superior a los tres años. El Proyecto de 1991 suprimió el párrafo segundo del artículo 68.

¹⁴⁹¹ El Proyecto de 1975, en su artículo 74-c) 2 establecía, en el supuesto de que expirado el mandato del Consejo de vigilancia no se hubiesen elegido todavía nuevos miembros, la posibilidad de que los miembros salientes permanecieran en sus funciones hasta que tuviera lugar la elección y por un período máximo de seis meses.

¹⁴⁹² En efecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.1.c) i), ii) del RESE, las materias no reguladas o reguladas sólo en parte, respecto a los aspectos no cubiertos, se regirán en primer término, por las medidas adoptadas específicamente para las SE y en segundo término por las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas nacionales.

¹⁴⁹³ Véase el artículo 126.3 del TRLSA (actual artículo 222 de la Ley de Sociedades de Capital). Este artículo fue modificado por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre y recoge, con la misma redacción, lo previsto en el artículo 145.1 del Reglamento del Registro Mercantil, texto, este último, en el que se ubican y desarrollan en el Derecho español muchas de las cuestiones relativas al régimen de los administradores.

¹⁴⁹⁴ La finalidad de mantener a los administradores en el cargo hasta la celebración, bien de la primera Junta general que se celebre o, en su caso, de la Junta general ordinaria, obedece a garantizar la continuidad en la gestión, puesto que si se aceptara la caducidad inmediata, una vez transcurrido el plazo por el que los administradores fueron nombrados, la sociedad quedaría acéfala, peligrando con ello la continuidad. Piénsese en el supuesto de que todos los miembros de un órgano hubieran sido nombrados al mismo tiempo. Algunas sociedades lo que hacen, para evitar esta situación, es establecer un sistema de renovaciones parciales del Consejo mediante reelección de una parte de sus miembros. En relación con la voluntaria renovación parcial del Consejo. Véase POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 416-418.

general ordinaria)¹⁴⁹⁵. Sin embargo, nada se dice ni en la Ley de Sociedades de Capital, ni en el Reglamento del Registro Mercantil, sobre el momento inicial del cómputo, aunque la doctrina se inclina, mayoritariamente, por considerar que el plazo empieza a transcurrir desde el momento del nombramiento y no desde la aceptación¹⁴⁹⁶.

Por su parte el Reglamento del Registro Mercantil¹⁴⁹⁷ regula la caducidad del nombramiento de los administradores en iguales términos. Aunque también hace referencia a la posible caducidad de los consejeros nombrados por cooptación, indicando que en este supuesto el nombramiento de los cooptados caducará cuando habiendo concluido la Junta general inmediatamente siguiente a su nombramiento, no conste registralmente su ratificación.

Una vez concluidas las referidas Juntas o transcurrido el término legal para la celebración de la Junta general ordinaria sin que se haya acordado el cese o reelegido a los miembros con plazo vencido o, en su caso, no se haya procedido a la ratificación de los consejeros cooptados, se considerará que los nombramientos están caducados y por tanto, los administradores que hayan cumplido el plazo y, en su caso, los cooptados deberán cesar en el ejercicio del cargo. Es más, el registrador, cuando deba de practicar algún asiento en la hoja que la sociedad tenga abierta o cuando se solicite certificación, deberá de hacer constar, mediante nota marginal, la caducidad de los nombramientos¹⁴⁹⁸.

Otra cuestión que cabe plantearse en esta materia, por supuesto respetando siempre el tope máximo de seis años recogido en el RESE¹⁴⁹⁹, tope que es común para los miembros

¹⁴⁹⁵ En este punto hay que tener en cuenta, para las SE que decidan establecerse en España, que en el sistema dual los miembros de la Dirección serán nombrados por el Consejo de control, por lo que dichas normas deben entenderse referidas al mismo y por consiguiente, los miembros del órgano de dirección continuaran en el cargo hasta la celebración de la primera reunión del Consejo de control, (respecto al régimen de reuniones del órgano de control habrá que estar a lo dispuesto estatutariamente o a lo previsto en los reglamentos internos, puesto que nuestro legislador ha remitido la materia relativa al funcionamiento de este órgano a lo previsto en nuestra Ley de Sociedades de Capital, para el Consejo de administración de las sociedades anónimas nacionales).

En cuanto a convocatoria, en el sistema dual, de la Junta general de las SE domiciliadas en España, véase el artículo 492.1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 337.1 y 2 del TRLSA).

¹⁴⁹⁶ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., págs. 721-722.

¹⁴⁹⁷ En efecto, el artículo 145 del Reglamento del Registro Mercantil recoge la caducidad del nombramiento de los administradores en términos análogos al artículo 222 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 126.3 del TRLSA) y, por tanto, establece que el nombramiento de los administradores caducará una vez vencido el plazo para el que fueron nombrados, cuando se celebre la Junta general siguiente o, en su caso, cuando hubiera transcurrido el plazo para la celebración de la Junta general ordinaria.

¹⁴⁹⁸ Lo cierto es que el artículo 145.3 del Reglamento del Registro Mercantil preceptúa que “el Registrador hará constar la caducidad, mediante nota marginal, cuando deba practicar algún asiento en la hoja abierta a la sociedad o se hubiera solicitado certificación”. Así pues, a tenor de esta disposición la sociedad, en el supuesto de que el plazo para el que fueron nombrados todos los miembros del órgano finalizase al mismo tiempo, podría quedar sin órgano de administración; en consecuencia surge la cuestión relativa al funcionamiento de la sociedad y a qué sucedería si los administradores con nombramiento caducado continúan en el ejercicio de sus funciones. Según lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital y en el Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de los administradores no tiene carácter indefinido, sino que está sujeto a plazo, aunque podrán ser reelegidos una o varias veces por períodos de igual duración máxima (artículo 221.2 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 126.1, 2 y 4 del TRLSA–); dichos textos legales marcan, también, la caducidad del nombramiento (artículo 222 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 126.3. del TRLSA–, y artículo 145.1 y 2 del Reglamento del Registro Mercantil) e incluso se prevé la anotación en el Registro mercantil de dicha caducidad (artículo 145.3 del Reglamento del Registro Mercantil). Por consiguiente, la sociedad se vería privada de su órgano de administración. Por otro lado, el artículo 236 de La Ley de Sociedades de capital (antiguo artículo 133.2 del TRLSA) abre la vía para el reconocimiento de quienes actúen “de hecho” como administrador de la sociedad.

¹⁴⁹⁹ Recordemos que el artículo 46.1 del RESE fija un plazo de duración máxima de seis años para los miembros de los órganos, pero otorga a los estatutos la facultad de fijar un plazo determinado dentro del límite establecido.

de los órganos, tanto del sistema dual, como del monista, es la relativa a la posibilidad de establecer estatutariamente diversidad de plazos, tanto para los diferentes órganos¹⁵⁰⁰, como para los miembros componentes de cada órgano.

En el primero de los supuestos planteados, que obviamente sólo podrá darse en los casos en que la SE opte por el sistema dual, en principio, y dejando a salvo las disposiciones que específicamente se adopten al respecto por los Estados miembros, al no imponer el RESE formalmente la identidad de plazo para los diversos órganos, no parece que haya inconveniente para que, a través de los estatutos sociales, se establezcan distintos plazos de duración para el mandato de los miembros del órgano de dirección y del órgano de control (siempre respetando el tope legal de duración máxima de seis años). Podría ser factible una cláusula estatutaria que fijara un periodo de seis años para los miembros del órgano de control y de cinco años para los de dirección, máxime en los supuestos en que los miembros de dirección sean nombrados por el órgano de control, asegurando de esta forma la permanencia en el cargo de los miembros de dicho órgano por un plazo superior al de los del órgano de dirección; sin embargo, la hipótesis contraria resultará poco conveniente, puesto que de alguna manera, dada la mayor duración temporal, podría otorgarse alguna preponderancia al órgano de dirección sobre los miembros del órgano de control, lo cual, teniendo en cuenta las funciones de cada uno de estos órganos, no parece que sea lo más adecuado¹⁵⁰¹.

La segunda hipótesis planteada no sería aceptable, máxime teniendo en cuenta que establecer una duración distinta para el mandato de los miembros de un mismo órgano provocaría una disparidad en el estatuto personal de los miembros de dicho órgano¹⁵⁰².

El legislador español, mediante la Ley 19/2005, modificó la regulación que nuestra antigua Ley de Sociedades Anónimas contenía en relación con esta materia¹⁵⁰³, fijando el plazo máximo de duración del cargo en seis años y estableciendo el principio de “igualdad de duración para todos los administradores”¹⁵⁰⁴. Los administradores ejercerán el cargo

¹⁵⁰⁰ De hecho, el Proyecto de 1975 fijaba diferentes plazos para los miembros del órgano de dirección y del órgano de control. El artículo 63.2 dicho Proyecto establecía un plazo máximo de seis años para los miembros del órgano de dirección y el artículo 74-c) 1 fijaba un plazo de cuatro años para los miembros del órgano de control. Asimismo, el artículo 68 del Proyecto de 1989 para los miembros designados por los accionistas en la escritura de constitución de la SE, fijaba un período que no podía ser superior a tres años, plazo diferente al fijado para los miembros que no fueran designados en la escritura de constitución, que era de un máximo de seis años. En este sentido QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico), ya cit., pág. 169, recoge “nada impide, en mi opinión, y a la vista del precepto, configurar mandatos diferenciados para los miembros de distintos órganos, sea fijando plazos particulares dentro del límite legal máximo, sea incluyendo en los estatutos reglas distintas de reelección, de modo que, por ejemplo, los miembros del órgano de dirección en el sistema dual tengan un mandato más corto, pero puedan ser reelegidos en más ocasiones que los miembros del órgano de control”.

¹⁵⁰¹ No obstante, y aunque parece poco conveniente que los miembros del órgano de control sean nombrados por un plazo inferior a los del órgano de dirección, el Proyecto de 1975 fijaba un plazo de duración menor para los miembros del órgano de control y un plazo mayor para los miembros del órgano de dirección. Véanse los artículos 63.2 que establecía un plazo de duración de seis años para los miembros del órgano de control y 74-c) 1 que fijaba un plazo de cuatro años para los miembros del órgano de control.

¹⁵⁰² QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 723.

¹⁵⁰³ El antiguo artículo 126 del TRLSA fijaba el plazo máximo de duración del cargo de administrador en cinco años. De haberse mantenido esta redacción, los miembros de los órganos de las SE domiciliadas en España hubieran tenido un plazo de duración máxima superior a los de las sociedades anónimas nacionales, por ser una materia regulada por el RESE. Sin embargo, al haber modificado nuestro legislador el plazo para las sociedades anónimas nacionales, actualmente se da una coincidencia entre el plazo establecido en el RESE para las SE y el plazo fijado por nuestra legislación para los administradores de nuestras sociedades anónimas.

¹⁵⁰⁴ En efecto, el artículo 126 del TRLSA, redactado conforme a la Ley 19/2005 de 14 de noviembre, sobre la SE domiciliada en España (BOE número 273 de 15 de noviembre); actual artículo 221.2 de la Ley de Sociedades de Capital, establece que “los administradores de la sociedad anónima ejercerán el cargo durante el

durante el plazo que señalen los estatutos sociales, pero ese plazo deberá ser igual para todos los administradores y no podrá exceder de seis años, que es plazo de duración máxima fijado legalmente. No obstante, considero que al ser esta una materia regulada por el RESE siempre prevalecerían sus disposiciones sobre lo previsto en las legislaciones de los Estados miembros, en el supuesto de que entraran en colisión.

2. REELECCIÓN

El RESE establece como regla general la posibilidad de que los miembros de los diversos órganos sean reelegidos una o más veces¹⁵⁰⁵ (literalmente, el artículo 46.2 del RESE, hace referencia a que podrán ser nombrados nuevamente una o más veces) por el período fijado conforme al apartado 1 del artículo 46, salvo que los estatutos establezcan restricciones al respecto. Así pues, la regla general, a falta de disposición estatutaria expresa, es la reelección una o más veces (por tanto cabe la posibilidad de reelección indefinida) para todos los miembros de los distintos órganos, no obstante, por disposición expresa de los estatutos se podrá limitar y configurar tal posibilidad de diferente forma para los diversos órganos e incluso suprimirla, ya que el término “restricciones” tiene un alcance genérico en el que caben distintas posibilidades de regular estatutariamente la reelección, incluso suprimiéndola. La reelección es una decisión libre que forma parte de la capacidad de autorregulación expresada a través de los estatutos, tanto en lo relativo a la facultad de reelegir, como en lo que respecta a los requisitos y condiciones de la reelección o de la exclusión de dicha reelección, en su caso¹⁵⁰⁶.

Otro factor a tener en cuenta, en los supuestos de reelección, es el de la duración de cada nuevo período. En este sentido, el artículo 46.2 del RESE hace referencia al “período fijado conforme al apartado 1”, creo que tal referencia debe entenderse hecha al período máximo de seis años¹⁵⁰⁷, sin que nada obste para que puedan llevarse a cabo reelecciones por un plazo distinto al del nombramiento inicial, siempre, claro está, dentro del límite de los seis años, incluso, reelecciones sucesivas de duración diversa entre sí, siempre con respeto al límite de los seis años¹⁵⁰⁸. Esta interpretación está, además, en consonancia con el principio de igualdad de trato que el RESE establece entre la SE y las sociedades anónimas nacionales¹⁵⁰⁹. Nuestra Ley de Sociedades de Capital dispone que: “los administradores

plazo que señalen los estatutos sociales, que no podrá exceder de seis años y deberá ser igual para todos ellos...”.

¹⁵⁰⁵ Lo cierto es que el artículo 46.2 del RESE permite que los miembros de los diversos órganos sean “nombrados nuevamente”, por períodos de igual duración máxima, una o más veces, lo que posibilita la reelección indefinida (cada vez que venza el plazo de un nombramiento, cabe la posibilidad de reelegir al administrador), que no debe confundirse, en modo alguno, con la reelección por tiempo indefinido.

¹⁵⁰⁶ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 728.

¹⁵⁰⁷ De haber querido que la reelección se efectuara por el mismo plazo del nombramiento el RESE podría haber dicho “por el mismo período” en vez de “por el período fijado conforme al apartado 1”.

¹⁵⁰⁸ De hecho, el artículo 221.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 126.1 del TRLSA, redactado conforme a la Ley 19/2005 de 14 de noviembre, sobre la SE domiciliada en España), recoge expresamente la posibilidad de que los administradores de nuestras sociedades anónimas sean reelegidos una o más veces por períodos “de igual duración máxima”. En consecuencia, cabe interpretar que las reelecciones podrán serlo por el plazo que se considere conveniente, eso sí, no podrán superar la duración máxima establecida legalmente y por tanto, ninguna de las reelecciones podrá exceder los seis años.

¹⁵⁰⁹ En efecto, el artículo 10 del RESE dice: “...la SE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social”.

podrán ser reelegidos para el cargo, una o más veces, por periodos de igual duración máxima”¹⁵¹⁰.

La forma en que el RESE configura la reelección puede plantear ciertas dudas, puesto que literalmente dice: “los miembros podrán ser nombrados nuevamente”¹⁵¹¹, mientras que nuestra Ley de Sociedades de Capital dice: “podrán ser reelegidos”¹⁵¹² y teniendo en cuenta que el Reglamento del Registro Mercantil, salvo disposición estatutaria en contra, vincula la continuidad de determinados cargos¹⁵¹³ dentro del órgano a la reelección, un nuevo nombramiento supondría la ruptura de la posición interna anterior de esos cargos (Presidente, Vicepresidente, Secretario, etc.). Ciertamente es que la reelección tiene algo de nuevo nombramiento, pero no creo que éste sea el sentido que le ha querido dar el RESE; la cuestión es más nominal que sustancial y no debe dar lugar a quebrantar el principio de igualdad de trato entre la SE y las sociedades anónimas nacionales que el propio RESE establece¹⁵¹⁴, máxime teniendo en cuenta que tampoco es suficientemente preciso en sentido contrario¹⁵¹⁵.

Paralelamente a lo comentado con anterioridad sobre la duración del mandato de los miembros de los diferentes órganos, podemos plantearnos la posibilidad de establecer diversos límites a la reelección, de manera que, p. ej., en el sistema dual se admitan más reelecciones en el órgano de control que en el de dirección o viceversa, o en ambos sistemas la posibilidad de configurar períodos máximos, topes temporales, etc., y cualesquiera otras hipótesis que encajen en lo dispuesto en el RESE, puesto que, a tenor de lo previsto en dicho texto, la posibilidad genérica de reelección está precedida de una salvedad expresa “excepto en caso de restricciones establecidas en los estatutos”¹⁵¹⁶.

¹⁵¹⁰ Así se establece en el artículo 221.2, párrafo segundo (antiguo artículo 126.4. del TRLSA, según la redacción dada, a éste artículo, por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, que reguló la temática relativa a la reelección en términos similares a como lo hacía el antiguo artículo 126).

¹⁵¹¹ Efectivamente, la terminología empleada por el artículo 46.2 del RESE hace referencia a un nuevo nombramiento, aunque cabe pensar que realmente lo que se quiere es recoger la posibilidad de reelección. Lo cierto es que la reelección tiene la misma naturaleza que el nombramiento, siendo necesario tanto el acuerdo expreso de la Junta general (o del Consejo de control, en lo relativo a los miembros del órgano de dirección, en los sistemas duales) como la aceptación de los miembros reelegidos, pero también tiene un componente de continuidad que tendría difícil encaje en un nuevo nombramiento.

¹⁵¹² Ciertamente, el artículo 221.2, párrafo segundo (antiguo artículo 126.4. del TRLSA) emplea el término “reelección”. En palabras de SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 120: “la reelección puede hacerse «una o más veces», es decir, existe una posibilidad indefinida de reelección –lo que no quiere decir que puedan serlo por tiempo indefinido–. Sino que tal expresión ha de interpretarse en el sentido de que los administradores pueden ser elegidos varias veces, no limitadas, siempre que se haga... «por periodos de igual duración máxima», al plazo de duración que marquen los estatutos que no podrá exceder de seis años”.

¹⁵¹³ La referencia contenida en el artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil lo es a los cargos del Presidente, los Vicepresidentes y, en su caso, el Secretario y Vicesecretarios (apartado 1 del artículo 146). La continuidad en el cargo por reelección no es extensible a los Consejeros delegados ni a los miembros de las Comisiones ejecutivas, a tenor de lo previsto en el apartado 2 del artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil.

¹⁵¹⁴ Recordemos que el principio de igualdad entre la SE y las sociedades anónimas nacionales del domicilio social de la SE se recoge en el artículo 10 y en el Considerando quinto del RESE.

¹⁵¹⁵ Véase QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 725.

¹⁵¹⁶ Del tenor literal del artículo 46.2 del RESE se deduce que lo que está haciendo este artículo es establecer una regla general en cuanto a la reelección, de manera que dicha facultad podrá ser ejercitada de forma sucesiva sin límite en cuanto al número de reelecciones, eso sí, respetando en cada una de ellas el período de duración máxima de seis años. Ahora bien, la regla general tiene una excepción, ya que por vía estatutaria se podrá limitar el número de reelecciones e incluso excluir tal posibilidad.

IV. OPERACIONES SUJETAS A AUTORIZACIÓN PREVIA

La posibilidad de establecer que determinadas operaciones sean sometidas a autorización previa del órgano de control en los sistemas dualistas o requieran la decisión expresa del órgano de administración en pleno en los sistemas monistas, constituye en el sistema dual un instrumento útil de vigilancia preventiva, que permite al órgano de control interferir en la gestión del órgano de dirección, obligando a éste a soportar dicha interferencia, que supone una forma de gestión indirecta por parte del órgano de control. A través de este mecanismo las relaciones entre ambos órganos no se limitan, simplemente, a las obligaciones de información, consulta y control ejercitado a posteriori, sino que en temas de significativa importancia van más allá, mediante la implicación del órgano de control en las decisiones del órgano de dirección se impone un procedimiento de codecisión entre ambos órganos, que posibilita al órgano de control ejercitar la facultad de aceptar o rechazar determinadas operaciones, si bien, esta implicación del órgano de control en las decisiones del órgano de dirección, tiene su momento, sus materias y su alcance, ya que no debe sobrepasarse la posición orgánica y consiguiente responsabilidad del órgano de control, ni por supuesto, en lógica contrapartida, la del órgano de dirección¹⁵¹⁷.

En los sistemas monistas las nuevas corrientes de influencia anglosajona, que han abierto el debate sobre el gobierno corporativo y los códigos de buena conducta, tienden a potenciar el ejercicio efectivo de la función de control de la gestión por parte del Consejo de administración, sobre todo en sociedades de grandes dimensiones, mediante la técnica de reservar determinadas materias u operaciones a la decisión expresa del Consejo de administración en pleno, atribuyendo a las mismas el carácter de indelegables¹⁵¹⁸. De esta forma y a pesar de que la atribución genérica de la competencia de gestión corresponde al órgano de administración, se trata de reforzar el papel del Consejo de administración como órgano de control de la marcha de la sociedad, reservando a su competencia exclusiva las operaciones más importantes.

El Derecho español atribuye genéricamente la facultad de gestión al órgano de administración (Consejo de administración), sin perjuicio de las delegaciones (de carácter orgánico) y apoderamientos que éste puede efectuar¹⁵¹⁹, teniendo en cuenta, en todo caso, que determinadas facultades se consideran indelegables¹⁵²⁰.

¹⁵¹⁷ ESTEBAN VELASCO, G., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, ya cit. Pág. 657.

¹⁵¹⁸ En España los códigos de conducta, en relación con las grandes sociedades, han impulsado, por la vía de la autorregulación, primero a través de los reglamentos internos del Consejo de administración y a posteriori, incluso mediante su reflejo en los estatutos sociales, la tendencia a configurar una separación entre las funciones de gestión, en manos de los órganos delegados (consejeros delegados, Comisiones ejecutivas, etc.), y las funciones atribuidas al Consejo en pleno orientadas en un plano de supervisión y control, lo que supone una aproximación al sistema de administración dual.

¹⁵¹⁹ Según lo establecido en el Artículo 249.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1, primer párrafo del TRLSA) y salvo que los estatutos dispongan otra cosa, el Consejo de administración podrá designar en su seno una Comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados, todo ello, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona.

¹⁵²⁰ Lo cierto es que nuestra legislación contempla en el artículo 249.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1, segundo párrafo del TRLSA), algunas facultades que tienen el carácter de indelegables, como son la rendición de cuentas de la gestión social y la presentación de balances a la Junta general y las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella.

1. REGULACIÓN EN LOS ANTERIORES PROYECTOS DE ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

Los Proyectos de 1970¹⁵²¹ y 1975¹⁵²², sólo regulaban el sistema dual y por disposición legal expresa se sujetaban las operaciones que por su carácter revestían especial importancia a la aprobación del órgano de control, pero además, mediante disposición estatutaria, se podían subordinar a la autorización del órgano de control otros actos. Este mismo criterio era seguido en la propuesta de la Quinta Directiva¹⁵²³. El Proyecto de 1989 permitía la opción estatutaria entre el sistema dualista y monista y también el de 1991, con la salvedad de que en el Proyecto de 1991 los Estados miembros podían imponer uno de los dos sistemas a la SE domiciliadas en su territorio¹⁵²⁴ y ambos proyectos hacían referencia, en la sección de normas comunes a los dos sistemas de administración, a un listado de operaciones sujetas a la autorización previa. El Proyecto de 1989 preveía que la ejecución de determinadas decisiones no podía efectuarse por el órgano de dirección sin la autorización previa del órgano de control, ni podía delegarse en los miembros directivos del órgano de administración¹⁵²⁵. Los estatutos además, podían ampliar el catálogo legalmente establecido¹⁵²⁶. En el Proyecto de 1991 se amplía el listado, concretando el importe y naturaleza de determinadas operaciones económicas y financieras y haciendo referencia a que dichas operaciones requerirán la autorización del órgano de control o la deliberación del órgano de administración¹⁵²⁷ (redacción en la que claramente se ha inspirado el RESE). Al

¹⁵²¹ Concretamente el artículo 66.1 del Proyecto de 1970, enumeraba los siguientes actos: a) cierre o traslado de la empresa o de partes importantes de la empresa; b) restricciones o ampliaciones importantes de la actividad empresarial; c) modificaciones importantes en la organización empresarial; d) inicio o cese de la cooperación duradera con otra empresa.

¹⁵²² En el Proyecto de 1975, el artículo 66.1 recogía prácticamente el mismo listado de asuntos que su homólogo de 1970 con algunas modificaciones; así: en la letra a) hacía referencia a los establecimientos (en lugar de a la empresa); en el apartado b) añadía el supuesto de modificaciones importantes; además, ampliaba la necesidad de autorización cuando estos supuestos concernían a las sociedades del grupo. El punto 2 de este artículo precisaba el criterio de aplicación que debía seguirse en los supuestos enumerados en el punto 1.

¹⁵²³ En efecto, el artículo 12 de la propuesta de la Quinta Directiva sobre la estructura de las sociedades anónimas que se presentó por la Comisión al Consejo el 9 de octubre de 1972 (JOCE C131, de 13 de diciembre de 1972), decía que “1. Se solicitará la autorización del órgano de vigilancia para las decisiones del órgano de dirección que se refieran: a) al cierre o traslado de la empresa o de partes importantes de la misma; b) a restricciones o extensiones importantes de la actividad de la empresa; c) a importantes modificaciones en la organización de la empresa; d) al establecimiento de una cooperación duradera con otras empresas o al cese de tal cooperación. 2. La ley o los estatutos podrán subordinar otras operaciones a la autorización del órgano de vigilancia”.

¹⁵²⁴ Según lo preceptuado en el artículo 61, de los Proyectos de 1989 y 1991, las SE, mediante la correspondiente disposición estatutaria, podían optar por uno de los dos sistemas de administración (monista o dual). Ahora bien, el artículo 61 del Proyecto de 1991 otorgaba a los Estados miembros la facultad de imponer uno de estos dos sistemas a las SE que decidieran establecerse en su territorio.

¹⁵²⁵ Efectivamente, el artículo 72.1 del Proyecto de 1989 contenía un listado de actuaciones para las que se requería autorización previa del órgano de vigilancia en los sistemas duales o del órgano de administración en pleno en los sistemas monistas. En dicho listado se recogían operaciones tales como el cierre o traslado de establecimientos o de partes importantes de establecimientos; las restricciones, ampliaciones o modificaciones importantes de la actividad de la SE; las modificaciones de importancia en la organización de la SE; el establecimiento con otras empresas de una cooperación duradera e importante para la actividad de la SE o el cese de tal cooperación; la creación de una filial o de una sociedad *holding*.

¹⁵²⁶ Lo cierto es que el apartado 2 del artículo 72 del Proyecto de 1989, permitía que, estatutariamente, pudieran fijarse otras categorías de operaciones para las que también sería exigible la autorización previa del órgano de vigilancia o del órgano de administración en pleno, en función del sistema adoptado por la SE. Se otorgaba, por tanto, una facultad potestativa que permitía, vía estatutaria, estipular otras categorías de operaciones, además de las ya contempladas en el apartado 1 de este artículo.

¹⁵²⁷ En el Proyecto de 1991, el artículo 72.1 enumeraba las siguientes operaciones: a) los proyectos de inversión superiores al porcentaje de capital suscrito fijado en los estatutos; b) la creación, adquisición,

igual que en el Proyecto de 1989, se permitía que estatutariamente se pudieran recoger otro tipo de operaciones y decisiones, pero además, se facultaba a los Estados miembros para imponer a las SE domiciliadas en su territorio las mismas categorías de operaciones que las que estuvieran previstas para las sociedades nacionales¹⁵²⁸, pudiendo igualmente los Estados miembros prever que el órgano de control o administración pudiera exigir autorización o deliberación para determinadas categorías de operaciones¹⁵²⁹, en las mismas condiciones que fueran de aplicación para las sociedades anónimas nacionales.

En el texto definitivamente aprobado por el RESE no se recoge listado alguno y se encomienda esta tarea a la autonomía de la voluntad expresada a través de los estatutos, y también se faculta a los Estados miembros para permitir que, en los sistemas duales, el órgano de control pueda someter a autorización determinadas categorías de operaciones, e igualmente se les faculta para determinar, por disposición legal, las categorías de operaciones que, como mínimo, deban figurar en los estatutos de las SE domiciliadas en su territorio¹⁵³⁰.

2. REGULACIÓN EN EL REGLAMENTO DE ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA: ARTÍCULO 48

En cuanto a las denominadas “categorías de operaciones” el RESE dispone que “los estatutos de la SE enumeraran las categorías de operaciones que requieran que el órgano de dirección reciba una autorización del órgano de control, en el sistema dual, o una decisión expresa del órgano de administración en el sistema monista”¹⁵³¹

enajenación o liquidación de empresas, establecimientos o partes de establecimientos, cuando su precio de compra o el producto de su venta sea superior al porcentaje de capital suscrito fijado en los estatutos; c) solicitud o concesión de créditos, la emisión de obligaciones y la asunción o garantía de compromisos de terceros, cuando la operación en su totalidad supere el porcentaje de capital suscrito fijado en los estatutos; d) la contratación de suministros y de servicios cuyo valor total previsto sea superior al porcentaje de volumen de negocios del último ejercicio comercial fijado en los estatutos. El apartado e) del artículo 72.1 establecía que el porcentaje referido, que debía fijarse en los estatutos, no podría ser inferior al 5% ni superior al 25%.

¹⁵²⁸ En efecto, el apartado 3 del artículo 72 del Proyecto de 1991, otorgaba a los Estados miembros una facultad de carácter potestativo que les permitía fijar, para las SE que decidieran establecerse en su territorio, las categorías de operaciones que debían de someterse a autorización previa, aunque dicha facultad tenía una limitación, puesto que debía ejercitarse en las mismas condiciones que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales.

¹⁵²⁹ Además, el artículo 72.4 del Proyecto de 1991 concedía a los Estados miembros una facultad de carácter potestativo, por la que se podía prever que el órgano de vigilancia o el órgano de administración, según el modelo de administración adoptado, pudiera exigir la autorización previa para determinadas categorías de operaciones, eso sí en las mismas condiciones que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales.

¹⁵³⁰ Lo cierto es que el artículo 48 del RESE determina que las categorías de operaciones que deban quedar sometidas a autorización previa del órgano de vigilancia o decisión expresa del órgano de administración, deberán recogerse en los estatutos, sin perjuicio de la facultad que con carácter potestativo otorga a los Estados miembros, tanto para fijar las categorías de operaciones que como mínimo deban figurar en los estatutos (sin embargo, a diferencia del Proyecto de 1991, no hace referencia a lo establecido para las sociedades anónimas nacionales), como para permitir que en el sistema dual el órgano de control pueda fijar que determinadas operaciones queden sujetas a su autorización.

¹⁵³¹ De hecho, del tenor literal del artículo 48.1, párrafo primero del RESE se deduce que contiene un mandato de regulación estatutaria de libre configuración, puesto que el legislador cuando lo que quiere es autorizar vía estatutaria la regulación de una materia sin condiciones, ni limitaciones emplea una expresión muy diferente, así p.ej. en el artículo 47.1 donde recoge que “los estatutos de la SE podrán estipular”. La terminología empleada es claramente distinta, en el caso del artículo 48.1 es imperativa “los estatutos de la SE enumerarán” y en el caso del artículo 47.1 es potestativa “podrán”.

Permite también a los Estados miembros disponer que el propio órgano de control (en el sistema dual) pueda someter a autorización determinadas categorías de operaciones¹⁵³².

Además, los Estados miembros podrán determinar categorías de operaciones que deban figurar como mínimo en los estatutos de las SE registradas en su territorio¹⁵³³.

El RESE, al igual que lo hicieron los Proyectos de 1989 y 1991, regula esta materia en las disposiciones comunes a ambos sistemas de administración, por lo que seguidamente pasaré a estudiar la incidencia que dicha regulación tiene, tanto en el sistema dual, como en el sistema monista.

En el sistema dual la intervención del órgano de control, en las operaciones que requieran autorización previa, implica la participación del mismo en la gestión social, aunque sea de forma indirecta, y tiene un carácter de control preventivo que supone una función de codecisión del órgano de control en asuntos importantes de gestión. Ahora bien, en modo alguno podrá el órgano de control realizar directamente actos de gestión y en última instancia, el responsable de la gestión social será el órgano de dirección.

En el sistema monista se trata de que, mediante determinadas medidas (consistentes en exigir para operaciones relevantes la decisión expresa del conjunto del órgano de administración), el Consejo de administración en pleno retenga sus competencias, sobre todo en cuestiones de crucial importancia para la marcha de la sociedad, evitando un desapoderamiento en funciones que son propias de este órgano en pleno mediante la reserva de determinadas decisiones que deberán ser sometidas al conjunto del órgano. Este sistema, sin perjuicio de lo que establezcan las respectivas legislaciones de los Estados miembros, se caracteriza porque el órgano de administración en pleno, a pesar de haber delegado determinadas facultades, conserva la legitimación para su ejercicio, tiene una competencia concurrente con los órganos delegados con posibilidad de avocación y de impartir instrucciones y establecer limitaciones a las facultades de éstos. En los sistemas monistas el órgano de administración en pleno será, en última instancia, el responsable de la gestión social¹⁵³⁴.

3. REGULACIÓN EN LA LEY 19/2005, DE 14 DE NOVIEMBRE, SOBRE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA

El legislador español no ha hecho uso de la habilitación, contenida en el RESE, que permite a los Estados miembros determinar las categorías de operaciones que deban, como

¹⁵³² En efecto, el párrafo segundo del artículo 48.1 del RESE contiene una autorización facultativa a los Estados miembros, en virtud de la cual “podrán disponer que, en el sistema dual, el propio órgano de control pueda someter a autorización determinadas categorías de operaciones”. A diferencia del Proyecto de estatuto de 1991, el RESE sólo otorga esta facultad en relación con el órgano de control del sistema dual, si bien, lo hace sin limitación alguna, recordemos que su predecesor ponía una limitación, ya que la posibilidad sólo era admisible si se hacía “en las mismas condiciones que eran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales”. Tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, ya cit., pág. 667, “esta opción puede resultar en la práctica la única vía en manos del Consejo de vigilancia para llevar a cabo el control de operaciones cuya trascendencia se pone de manifiesto en las concretas circunstancias económicas y sociales en las que se encuentra la empresa y que eran de imposible o difícil configuración de forma legal o estatutaria”.

¹⁵³³ Esta autorización, contenida en el artículo 48.2 del RESE, es potestativa y no está condicionada a lo establecido para las sociedades anónimas nacionales; ahora bien los Estados que hagan uso de dicha autorización, además de establecer las categorías que consideren pertinente, determinarán que las mismas deben de figurar como mención necesaria en los estatutos sociales de la SE.

¹⁵³⁴ Véase, en este sentido, ESTEBAN VELASCO, G., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, ya cit., págs., 661-662

mínimo, figurar en los estatutos de las SE que decidan establecerse en España; por lo tanto, no ha configurado una reserva legal de operaciones sujetas a autorización.

Lo que sí ha hecho el legislador español, en virtud de la facultad conferida por el RESE a los Estados miembros, para que éstos puedan disponer que en el sistema dual el propio órgano de control pueda someter a autorización determinadas categorías de operaciones, es permitir al Consejo de control acordar que determinadas operaciones de la Dirección se sometan a su autorización previa¹⁵³⁵. Mediante esta norma, recogida en la Ley 19/2005, se está permitiendo al Consejo de control establecer, en función de las circunstancias concretas de cada SE, reservas de autorización para determinadas categorías de operaciones que no estén contempladas en los estatutos sociales, de esta forma se reforzará el control preventivo.

Ahora bien, no será admisible una reserva general de autorización de “todos los negocios importantes”, ni una enumeración que abarque la mayor parte de las decisiones que pertenecen a la competencia del órgano de dirección, que vacíen de función a éste y conviertan al Consejo de control en órgano de gestión¹⁵³⁶.

4. DETERMINACIÓN DE LAS OPERACIONES SUJETAS A AUTORIZACIÓN: LÍMITES

El RESE posibilita que las categorías de operaciones, para las que se requiera autorización previa del órgano de control en los sistemas dualistas o decisión expresa del órgano de administración en los sistemas monistas, se determinen mediante la autonomía de la voluntad expresada a través de las correspondientes disposiciones estatutarias¹⁵³⁷, pero también, por el propio órgano de control cuando los Estados miembros así lo dispongan (para el sistema dual)¹⁵³⁸ o mediante determinación por parte de los Estados miembros de las categorías de operaciones que como mínimo deberán de fijarse en los estatutos sociales¹⁵³⁹. En los siguientes apartados se examinará, con detalle, cada una de las posibilidades apuntadas.

Cuando los Estados miembros, en ejercicio de la facultad concedida por el RESE, establezcan un catálogo de operaciones sujetas a autorización o decisión expresa, dicho listado condicionará el ámbito de actuación estatutario en esta materia, asimismo, las disposiciones estatutarias adoptadas al respecto, limitarán el espacio de actuación del propio órgano.

En cuanto a las categorías de operaciones que pueden integrar ese listado se encuentran las de carácter interno (organización, planificación empresarial, etc.) y las de

¹⁵³⁵ En efecto, el legislador español, haciendo uso de la facultad que con carácter potestativo concede el párrafo segundo del artículo 48.1 del RESE a los Estados miembros, a efectos de que el órgano de control de los sistemas duales pueda someter a autorización determinadas categorías de operaciones, ha dispuesto que “el Consejo de control podrá acordar que determinadas operaciones de la Dirección se sometan a su autorización previa...” (artículo 489 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 334 del TRLSA–).

¹⁵³⁶ ESTEBAN VELASCO, G., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, ya cit., pág. 675.

¹⁵³⁷ En efecto, el artículo 48.1, párrafo primero del RESE establece que “los estatutos sociales de la SE enumerarán las categorías de operaciones que requieran que el órgano de dirección reciba una autorización del órgano de control, en el sistema dual, o una decisión expresa del órgano de administración en el sistema monista.

¹⁵³⁸ A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 48.1 del RESE los Estados miembros podrán disponer que, en el sistema dual, el propio órgano de control pueda someter a autorización determinadas categorías de operaciones.

¹⁵³⁹ Según lo estipulado en el artículo 48.2 del RESE “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.

carácter externo, operaciones relevantes llevadas a cabo con terceros (inversiones extraordinarias, operaciones crediticias relevantes, etc.). Algunos de los anteriores proyectos de estatuto de SE incluían un listado donde se recogían operaciones de este carácter¹⁵⁴⁰; sin embargo, el texto definitivamente aprobado por el RESE no contiene una enumeración de las operaciones que pueden ser objeto de autorización o decisión expresa. No obstante, debe de tratarse de operaciones de importancia (estratégicas, de inversión o excesivamente arriesgadas) que puedan incidir, de manera fundamental, en los resultados empresariales.

Por lo tanto, en los sistemas duales los límites deberán establecerse teniendo en cuenta que el órgano de dirección tiene atribuidas las competencias de gestión¹⁵⁴¹ y por consiguiente, el listado de materias que requieran autorización del órgano de control no puede tener una extensión y entidad que lleve a desplazar de sus funciones al órgano de dirección. La función atribuida por el RESE en esta materia al órgano de control es la de manifestar su aceptación o rechazo (en función de las dimensiones y características de una SE determinada) sobre ciertas medidas de singular importancia, cuya adopción corresponde al órgano de dirección y de las que, en último término, es responsable dicho órgano de dirección.

En los sistemas monistas donde se establece la delegación de facultades nos moveremos, en función de la regulación dispensada por los ordenamientos de los diversos Estados miembros, en el ámbito de las materias indelegables. Es decir materias que según la legislación, los estatutos, los acuerdos de delegación o los reglamentos internos del Consejo de administración de que se trate, quedarán sometidas a la decisión del conjunto del órgano unitario de administración.

Obviamente, las materias u operaciones que precisen de una decisión expresa del conjunto del Consejo de administración serán, al igual que sucede en el sistema dual, de relevante importancia, con el fin de evitar que el órgano delegado quede privado de las necesarias competencias para llevar a cabo la gestión ordinaria de la SE, pero no debemos olvidar que en los sistemas monistas (sobre todo en los clásicos¹⁵⁴², como es el sistema español) se atribuye al Consejo de administración competencia concurrente en el ámbito de lo delegado y que además, el RESE¹⁵⁴³ permite a los Estados miembros prever la atribución de la administración corriente (en uno o más consejeros delegados) en las mismas

¹⁵⁴⁰ Efectivamente, el artículo 66.1 de los Proyectos de 1970 y 1975, contenía un listado de las decisiones del órgano de dirección que debían de someterse a autorización previa del órgano de vigilancia. El mismo sistema se empleó en los Proyectos de 1989 y 1991, concretamente en el artículo 72.1 se detallaban una serie de operaciones que requerían la autorización del órgano de vigilancia o una deliberación del órgano de administración.

¹⁵⁴¹ En efecto, según lo dispuesto en el Artículo 39.1 del RESE “el órgano de dirección será responsable de la gestión de la SE...”.

¹⁵⁴² En este sentido ESTEBAN VELASCO, G., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, ya cit., pág.: 676, recoge que: “en el supuesto de sistema monista con separación legal de la función de gestión o de dirección general existe a este respecto una cierta aproximación al sistema dual, en la medida en que el modelo legal atribuye a los titulares una competencia propia y la doctrina interpreta en esa «lógica dual» que ni siquiera en el ámbito interno las cláusulas estatutarias ni las decisiones del Consejo de vigilancia son admisibles si restringen los derechos de tales directores generales hasta llegar a anular o a neutralizar su papel en la dirección general. En este caso, la posibilidad de establecer «reservas de autorización» (por asimilación con el sistema dual) sobre categorías de medidas importantes tiene como límite las facultades propias según el modelo comunitario-nacional”.

¹⁵⁴³ Lo cierto es que el RESE al regular el sistema monista dispone en su artículo 43.1 “que el órgano de administración asumirá la gestión de la SE”, pero a renglón seguido contiene una autorización de carácter potestativo por la que se permite a los Estados miembros estipular la delegación de facultades en uno o más consejeros delegados. Ahora bien, si los Estados miembros hacen uso de ésta autorización deberán hacerlo en las mismas condiciones que estuvieran establecidas para sus sociedades anónimas nacionales, por tanto la autorización conferida está sujeta a esta limitación. En relación con esta materia véase ESTEBAN VELASCO, G., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, ya cit., págs.: 675-676.

condiciones establecidas para las sociedades anónimas con domicilio en su territorio¹⁵⁴⁴. En última instancia, el órgano de administración en pleno será el responsable de la gestión social.

A. OPERACIONES DETERMINADAS POR DISPOSICIÓN ESTATUTARIA

El RESE establece que los estatutos de la SE enumerarán las categorías de operaciones que requieran autorización del órgano de control o decisión expresa del órgano de administración¹⁵⁴⁵.

La primera cuestión que surge en torno a esta disposición es la determinación de su carácter. ¿Cabría la posibilidad de que una SE no hiciera en sus estatutos referencia alguna a las operaciones sujetas a autorización del órgano de control o decisión expresa del órgano de administración?; considero que no cabe tal posibilidad, ya que el legislador comunitario lo que hace es imponer a los redactores de los estatutos la obligación de fijar, en dicho texto, las categorías de operaciones que requieran que el órgano de dirección reciba una autorización del órgano de control en el sistema dual o una decisión expresa del órgano de administración en el sistema monista.

Efectivamente, del tenor literal del artículo del RESE, objeto de este comentario, se desprende su carácter imperativo, ya que concretamente dice: “los estatutos de la SE enumerarán...”, además, debo destacar, en apoyo de esta argumentación (tal y como se desprende del articulado del RESE), que cuando lo que dicho texto legal quiere es establecer una autorización estatutaria con carácter opcional, emplea términos como: “los estatutos de la SE podrán estipular...”¹⁵⁴⁶, “...podrán designarse en los estatutos...”¹⁵⁴⁷.

Debo señalar también, que aunque este artículo está formulando un mandato de regulación para los estatutos, los redactores de los mismos podrán configurar libremente ese mandato, por tanto cada SE podrá fijar en sus estatutos el listado de operaciones que estime pertinente, de este modo se podrán tener en cuenta las peculiaridades de la empresa en función de sus dimensiones y características propias.

Por último, indicaré que el RESE lo que quiere es garantizar el ejercicio de una vigilancia preventiva por parte del órgano de control en el sistema dual o del órgano de administración en pleno en el sistema monista, de ahí que establezca un mandato de regulación imperativo en la forma, pero voluntario en el contenido, que permita al órgano de control en el sistema dual o al órgano de administración en pleno en el sistema monista,

¹⁵⁴⁴ El legislador español, al adoptar las disposiciones relativas a las SE domiciliadas en España, se ha limitado, según recoge la Ley 19/2005, artículo 328 del TRLSA (actual artículo 477 de la Ley de Sociedades de Capital) a declarar aplicable, al órgano de administración de las SE que opten por el sistema monista, lo establecido para nuestras sociedades anónimas en la Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital), en cuanto no contradiga lo dispuesto en el RESE y en la Ley que regule la implicación de los trabajadores en las SE. En consecuencia, las SE que se establezcan en España, opten por el sistema monista y organicen su administración mediante un Consejo podrán hacer uso del mecanismo de delegación en las condiciones establecidas para nuestras sociedades anónimas nacionales, según lo dispuesto en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141 del TRLSA)

¹⁵⁴⁵ En efecto, el artículo 48.1, párrafo primero, contiene un mandato de carácter imperativo y formal pero con libertad de configuración. De hecho, determina que “los estatutos de la SE enumerarán” de dicha expresión se desprende el carácter imperativo y formal, puesto que la obligación de enumerar deberá plasmarse en los estatutos sociales; por lo demás, deja a la libertad estatutaria la configuración de las operaciones que deberán someterse a autorización o decisión expresa.

¹⁵⁴⁶ Ciertamente, el artículo 47.1 del RESE, relativo a la posibilidad de nombrar a una persona jurídica miembro de uno de los órganos de la SE contiene una autorización potestativa y, por tanto emplea el vocablo “podrán”.

¹⁵⁴⁷ El carácter de la facultad atribuida por el artículo 40.2 del RESE, en lo tocante al nombramiento de los primeros miembros del órgano de control, se desprende de la expresión utilizada, puesto que se emplea el término “podrán”, lo que sin duda denota su carácter voluntario.

participar en las decisiones de especial relevancia o trascendencia para la SE, mediante la exigencia de hacer constar en los estatutos las categorías de operaciones que requieran la autorización o decisión expresa de los mismos.

La mención en los estatutos de la SE del listado de operaciones (que libremente se decida) reviste el carácter de mención necesaria, de manera que su ausencia impedirá el acceso de los estatutos al Registro Mercantil.

B. OPERACIONES DETERMINADAS POR EL ÓRGANO DE CONTROL

El RESE¹⁵⁴⁸, con referencia a las SE que opten por el sistema dual, faculta a los Estados miembros para que permitan que el propio órgano de control pueda exigir que se sometan a su autorización determinadas categorías de operaciones¹⁵⁴⁹. La autorización concedida tiene carácter voluntario¹⁵⁵⁰ y por tanto, los Estados miembros, al regular el sistema dual, tienen plena libertad para hacer uso o no de esta autorización, con el fin de facultar o no al órgano de control a estos efectos, en relación con las SE domiciliadas en su territorio. Esta opción puede resultar en la práctica de gran interés, puesto que permite al órgano de control someter a autorización determinadas operaciones cuya trascendencia se pone de manifiesto como consecuencia de las propias circunstancias económicas y sociales de una determinada sociedad y que, por tanto, a priori, son de difícil configuración legal o estatutaria¹⁵⁵¹.

Esta facultad que se concede al órgano de control, en el supuesto de que así se decida por el correspondiente Estado miembro, debe entenderse como una facultad concurrente e interrelacionada con la concedida en este sentido a los redactores de los estatutos (Junta general), puesto que el órgano de control por un lado, debe respetar lo previsto en los estatutos y pronunciarse sobre las categorías de operaciones enumeradas en ellos, pero por otro lado, los estatutos no pueden limitar, ni excluir de forma directa o indirecta, la posibilidad de que el propio órgano tome las decisiones que considere oportunas al respecto. Además, las categorías de operaciones enumeradas en los estatutos limitarán el espacio de actuación del órgano de control a la hora de establecer reservas de autorización.

Por lo tanto, en los supuestos en que los Estados miembros habiliten al órgano de control a estos efectos, dicho órgano tendrá el poder/deber de establecer determinadas reservas de autorización teniendo en cuenta lo dispuesto en los estatutos y tomando en consideración las circunstancias empresariales concretas, de forma que si considera insuficientes las operaciones enumeradas en los estatutos podrá ampliar las mismas, por

¹⁵⁴⁸ En efecto, el artículo 48.1, párrafo segundo, después de imponer en su párrafo primero la obligación de fijar a través de los estatutos las categorías de operaciones sujetas a autorización o decisión expresa, concede a los Estados miembros una autorización de carácter facultativo, en virtud de la cual podrán disponer, que en el sistema dual, el propio órgano de control pueda someter a autorización determinadas categorías de operaciones.

¹⁵⁴⁹ Hasta el Proyecto de 1991 no se contemplaba esta posibilidad, si bien en dicho Proyecto se admitía en ambos sistemas de administración, pero con sujeción a las mismas condiciones establecidas para las sociedades anónimas nacionales. El RESE solo prevé este tipo de autorización para el sistema dual y no hace referencia alguna a lo previsto en la legislación nacional de los Estados miembros, suprimiendo, por tanto, dicha limitación.

¹⁵⁵⁰ El carácter facultativo de la autorización conferida a los Estados miembros se desprende de los términos en que está redactado el párrafo segundo del artículo 48.1; en efecto, se establece que "...los Estados miembros «podrán» disponer que..."

¹⁵⁵¹ En opinión del profesor ESTEBAN VELASCO, G., "en el caso de órgano de composición pluralista (en SE sujetas a cogestión) le parece una exigencia de coherencia con la finalidad de la participación orgánica de los trabajadores permitir la iniciativa del propio órgano, para no privar a los representantes de intereses distintos de los accionistas influir en la determinación y configuración de determinadas operaciones que se sometan a autorización previa". Véase ESTEBAN VELASCO, G., "Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)", ya cit., pág. 677.

supuesto, con los límites lógicos de no vaciar de contenido las competencias del órgano de dirección ni de dificultar, en su caso, la gestión que dicho órgano tiene encomendada.

El órgano de control manifestará su voluntad, respecto al catálogo de operaciones que deberán ser sometidas a su control, mediante la adopción del correspondiente acuerdo, que puede consistir en un acuerdo especial con este único contenido y que debe comunicarse al órgano de dirección o plasmarse, en su caso, en las correspondientes cláusulas de su propio reglamento o del reglamento del órgano de dirección aprobado por el órgano de control¹⁵⁵².

El RESE, al conceder a los Estados miembros esta opción, sólo hace referencia al sistema dual¹⁵⁵³, por tanto, podemos cuestionarnos si tal opción de autorización puede establecerse por los Estados miembros para el órgano de administración en los sistemas monistas. La norma comunitaria hace referencia expresa al sistema dual; ahora bien, considero que en el sistema monista no es necesario que el Estado miembro correspondiente autorice al Consejo de administración en este sentido, puesto que, en función de la autonomía autoorganizativa, puede este órgano ampliar el catálogo de operaciones previstas estatutariamente¹⁵⁵⁴.

En los sistemas monistas, en los que la administración de la sociedad se confía a un Consejo de administración, es práctica habitual la delegación de facultades en uno o más consejeros delegados, o en una Comisión ejecutiva, lo que permite al conjunto del órgano de administración reducir o ampliar las facultades delegadas. Claro está que la posibilidad de fijar el contenido y los límites de la delegación (teniendo en cuenta las disposiciones legales o estatutarias) forma parte de la función de dirección que incumbe al Consejo de administración en los sistemas monistas¹⁵⁵⁵. El propio RESE atribuye la competencia general de administración en los sistemas monistas al órgano de administración, con la posibilidad de confiar la llamada administración corriente en uno o más consejeros delegados¹⁵⁵⁶.

El legislador español, haciendo uso de la autorización concedida por el RESE en esta materia, ha dispuesto que: “el Consejo de control podrá acordar que determinadas operaciones de la Dirección se sometan a su autorización previa”¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵² ESTEBAN VELASCO, G., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, ya cit., págs.: 667-668.

¹⁵⁵³ En efecto, el párrafo segundo del artículo 48.1 del RESE, sólo contempla esta opción para el órgano de vigilancia del sistema dual y no hace referencia alguna al órgano de administración del sistema monista.

¹⁵⁵⁴ Véase, en éste sentido, ESTEBAN VELASCO, G., “Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea”, ya cit., pág. 92.

¹⁵⁵⁵ Nuestra Ley de Sociedades de Capital se ocupa de la delegación de facultades en el artículo 249 (antiguo artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas) y según lo estipulado en dicho artículo, la facultad de delegación viene atribuida, salvo disposición estatutaria en contra, al Consejo de administración, que podrá designar en su seno una Comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados. Además, el apartado 2 contiene una limitación en cuanto a las facultades que pueden ser objeto de delegación, determinando que la rendición de cuentas de la gestión y la presentación de balances a la Junta general no podrán delegarse, tampoco podrán ser objeto de delegación las facultades que la Junta conceda al Consejo, salvo que sea expresamente autorizado por ella.

¹⁵⁵⁶ En efecto, el artículo 43.1 del RESE determina que “el órgano de administración asumirá la gestión de la SE”, pero a renglón seguido contiene una autorización de carácter facultativo en virtud de la cual los Estados miembros podrán estipular que el responsable de la administración corriente sea uno o más consejeros delegados. Ahora bien, se impone una limitación consistente en que la delegación deberá de efectuarse en las mismas condiciones que estuvieran establecidas para las sociedades anónimas nacionales.

¹⁵⁵⁷ En consecuencia, a tenor de lo previsto en el artículo 489 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 334 del TRLSA) el Consejo de control, de las SE que decidan fijar su domicilio en territorio español, podrá acordar las operaciones que deben ser sometidas a su previa autorización. En relación con las categorías de operaciones que el propio órgano de control decida someter a su autorización QUIJANO

C. OPERACIONES DETERMINADAS POR LA LEY NACIONAL

Por último, se posibilita a los Estados miembros para determinar las categorías de operaciones que, como mínimo, deban figurar en los estatutos¹⁵⁵⁸. La autorización concedida es de carácter voluntario y poco específica en cuanto a su alcance y objeto, pues no indica a que órgano compete tal autorización (o decisión expresa), ni a que materias puede referirse dicha autorización. No obstante, de la sistemática del propio artículo¹⁵⁵⁹ y del tratamiento dispensado a esta materia en los proyectos de estatuto de SE precedentes, debe entenderse que la habilitación concedida a los Estados miembros comprende ambos sistemas de administración¹⁵⁶⁰. En cuanto al tipo de operaciones, aunque el RESE no hace especificación alguna, teniendo en cuenta los antecedentes mencionados¹⁵⁶¹, debe tratarse de operaciones de cierta importancia, medidas estratégicas para la marcha de la empresa, operaciones financieras relevantes, etc.

La autorización concedida por el RESE a los Estados miembros es amplia y la única exigencia consiste en que las categorías legalmente determinadas deberán de figurar en los estatutos de la sociedad, no obstante, como ya he indicado en el párrafo precedente, debe tratarse de medidas relevantes y dentro de unos límites que no supongan un desplazamiento del órgano de dirección o en su caso, dificulten a los miembros ejecutivos del órgano de administración, en los sistemas monistas, una gestión eficaz y fluida en el devenir diario de los negocios de la sociedad¹⁵⁶². Puntualizaré, como colofón final, que el legislador español no ha hecho uso de esta autorización concedida por el RESE. La Ley 19/2005 guarda silencio en esta materia, por tanto, no podemos hablar de configuración o reserva legal de operaciones sujetas a autorización para las SE que decidan establecerse en nuestro territorio.

GONZÁLEZ, J., considera que "...se entiende que sin necesidad de que estén enumeradas en los estatutos, o más allá de las que lo estén, y sea de forma estable o puntual en un caso concreto". Véase QUIJANO GONZÁLEZ, J., "El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico)", ya cit., pág. 172.

¹⁵⁵⁸ En efecto, el artículo 48.2 del RESE contiene una autorización de carácter facultativo y formal. Lo cierto es que a tenor de lo establecido en el citado artículo los Estados miembros tendrán la libertad de fijar que operaciones deben figurar como mínimo en los estatutos, mención que obligatoriamente deberá de recogerse estatutariamente, de ahí su carácter formal. Tal y como señala QUIJANO GONZÁLEZ, J., "El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico)", ya cit., pág. 172, los Estados miembros que hagan uso de dicha autorización estarán "limitando, por debajo, la disponibilidad estatutaria".

¹⁵⁵⁹ Recordemos que el apartado 1 del artículo 48 del RESE hace referencia a operaciones que requieran que el órgano de dirección reciba una autorización del órgano de control, en el sistema dual o una decisión expresa del órgano de administración, en el sistema monista y por tanto sí indica a que órgano compete la autorización; en consecuencia, cabe entender que estos mismos órganos serán los encargados de conferir la correspondiente autorización en los supuestos en que los Estados miembros decidan fijar qué operaciones deben de figurar como mínimo en los estatutos de la SE.

¹⁵⁶⁰ En el Proyecto de 1989, el artículo 72.1 enumera una serie de operaciones y determina que las mismas no podrán efectuarse por el órgano de dirección sin autorización previa del órgano de vigilancia y en lo tocante al sistema monista establece que su ejecución no podrá delegarse en los miembros directivos del órgano de administración. El artículo 72.1 del Proyecto de 1991 comienza diciendo que "las siguientes operaciones requerirán la autorización del órgano de vigilancia o una deliberación del órgano de administración..." y seguidamente enumera diversas operaciones que quedaran sujetas a estos requisitos.

¹⁵⁶¹ En efecto, tanto el artículos 66.1 de los Proyectos de 1970 y 1975, como el artículo 72.1 de los Proyectos de 1989 y 1991, contenían un listado de operaciones referidas principalmente a cuestiones de significativa importancia, como podían ser el cierre o traslado de establecimientos, ampliaciones o modificaciones importantes de la actividad de la SE, operaciones financieras o inversiones de volumen relevante, etc. En definitiva, operaciones que por su importancia o trascendencia no podían ser calificadas como gestión ordinaria.

¹⁵⁶² Habrá que tener en cuenta que en el sistema monista clásico se da una concurrencia de competencias en la gestión y por tanto el Consejo de administración no pierde las facultades delegadas; en consecuencia las operaciones que por reserva legal deban someterse a la decisión expresa del pleno del Consejo de administración se configurarían como competencias indelegables.

5. EFECTOS DE LA FALTA DE AUTORIZACIÓN O DECISIÓN EXPRESA

Con carácter previo debo indicar que la autorización o decisión expresa es competencia del órgano de control o del órgano de administración en pleno y que se adoptará por mayoría ordinaria, salvo previsión en otro sentido conforme a la normativa del RESE¹⁵⁶³.

En cuanto a los efectos de la falta de autorización del órgano de control en el sistema dual o de la falta de decisión expresa en el sistema monista, el RESE guarda silencio. Los anteriores proyectos de estatuto de SE, con excepción del Proyecto de 1991, sí hacían referencia a los efectos que la falta de autorización producía frente a terceros.

El Proyecto de 1970 establecía, expresamente, que la falta de autorización previa era inoponible frente a terceros¹⁵⁶⁴; el Proyecto de 1975 también establecía, expresamente, que la ausencia o irregularidad de la autorización previa era inoponible a terceros, pero dejaba a salvo, siempre que la sociedad lo probase, los supuestos en que el tercero conocía la ausencia o irregularidad de la autorización o aquellos casos en que, teniendo en cuenta las circunstancias, no podría ignorarse dicha situación de irregularidad o ausencia de autorización¹⁵⁶⁵; el Proyecto de 1989 decía que el incumplimiento de estas disposiciones (se refería a la autorización) no sería oponible a terceros, salvo que la SE probara que el tercero tenía conocimiento del mismo¹⁵⁶⁶.

El Proyecto de 1991, al igual que el RESE, no hacía pronunciamiento alguno al respecto, en consecuencia y siguiendo el sistema de fuentes del RESE¹⁵⁶⁷ habrá que estar a lo dispuesto en cada caso en el ordenamiento nacional correspondiente, debiendo prestar especial atención a los supuestos establecidos por ley, puesto que, teniendo en cuenta su procedencia legal podría plantearse la posibilidad de declarar su oponibilidad frente a terceros¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶³ En efecto, el artículo 50 del RESE regula los quórum tanto de constitución como de adopción de acuerdos de los órganos de la SE, pero con una salvedad cual es, que el propio reglamento o los estatutos dispongan otra cosa. En consecuencia a falta de disposición reglamentaria o estatutaria, la autorización del órgano de control o decisión expresa del Consejo en pleno se adoptará por mayoría de los miembros presentes o representados.

¹⁵⁶⁴ Lo cierto es, que el artículo 66.2 del Proyecto de 1970 decía que "... la falta de autorización previa es inoponible frente a terceros".

¹⁵⁶⁵ El Proyecto de 1975 recogía en su artículo 66.4 que "la ausencia o irregularidad de la autorización previa de los actos del Comité de dirección por el Consejo de vigilancia será inoponible a terceros, salvo que la sociedad pruebe que el tercero conocía la ausencia o irregularidad de la autorización o que no podía ignorarlo teniendo en cuenta las circunstancias".

¹⁵⁶⁶ En el Proyecto de 1989, el artículo 72.1 contenía un listado de las operaciones que, en el sistema dual, no podían efectuarse por el órgano de dirección sin autorización previa del órgano de vigilancia o cuya ejecución, en el sistema monista, no podía delegarse en los miembros directivos del órgano de administración, y en el último párrafo del indicado artículo, se preveían las consecuencias del incumplimiento de lo dispuesto en los párrafos anteriores, declarando su inoponibilidad frente a terceros, salvo que la SE probará que estos tenían conocimiento de dicho incumplimiento.

¹⁵⁶⁷ A tenor de lo dispuesto en el artículo 9 del RESE, en las materias no reguladas por el Reglamento o en las reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos, habrá que acudir en primer lugar, a las disposiciones que adopten los Estados miembros en relación con la SE, en segundo lugar a lo previsto para las sociedades anónimas nacionales del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social y, en tercer lugar a lo dispuesto en los estatutos en las mismas condiciones que rijan para las sociedades anónimas nacionales.

¹⁵⁶⁸ Los Proyectos de 1970, 1975 y 1989, a pesar de contener un listado de operaciones sujetas a autorización, declaraban la inoponibilidad a terceros en caso de falta de autorización, aún cuando las materias reservadas a autorización provenían de una fuente legal (listado contenido en el artículo 66.1 del Proyecto de 1970, artículo 66.1 del Proyecto de 1975 y 72.1 del Proyecto de 1989). Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.1 de la Primera Directiva (68/151/CEE), "la sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de esta

Tal y como he indicado en el párrafo precedente, en principio ante una situación de falta de autorización habrá que estar a lo dispuesto en el ordenamiento nacional del domicilio de la SE, por lo tanto las consecuencias de la falta de autorización previa dependerán del Derecho nacional del domicilio de la SE. En los sistemas duales lo normal es que los efectos de la falta de autorización sólo tengan trascendencia en el ámbito interno de la sociedad, tanto en lo que se refiere a las medidas previstas legal (si así lo dispone el Derecho nacional correspondiente), estatutariamente o fundadas en acuerdos o reglamentos del órgano de control, y se traducen en la posibilidad de revocación, no reelección o incluso en una eventual acción de responsabilidad, pero si a pesar de todo la operación se lleva a cabo es inoponible frente a terceros¹⁵⁶⁹ e incluso aunque medie autorización del órgano de control, dicha autorización no exonera a los miembros del órgano de dirección de su responsabilidad. La responsabilidad por la medida adoptada es del órgano de dirección¹⁵⁷⁰, puesto que este órgano no está vinculado a las decisiones o instrucciones del órgano de control¹⁵⁷¹.

Ahora bien, los Estados miembros que no tengan regulado el sistema dual, como es el caso de España, podrán adoptar las medidas que consideren pertinentes al respecto en virtud de la autorización genérica concedida por el RESE¹⁵⁷². Por consiguiente, los eventuales efectos de la falta de autorización dependerán de las medidas que se adopten por los diversos Estados miembros para la SE que decidan establecerse en su territorio¹⁵⁷³.

Nuestro legislador, haciendo uso de la autorización específica concedida por el RESE¹⁵⁷⁴, ha dispuesto que el propio órgano de control pueda establecer reservas de autorización para las SE que decidan fijar su domicilio en España y, en cuanto a las

sociedad, «a menos que dichos actos excedan los poderes que la ley atribuya o permita atribuir a estos órganos»».

¹⁵⁶⁹ En efecto, el artículo 66.4 del Proyecto de 1975 trataba la ausencia o irregularidad de la autorización previa como una simple limitación interna y sin hacer distinción alguna entre las fuentes de las que procedían las reservas de autorización, puesto que el apartado 1 de dicho artículo establecía un listado de operaciones que debían someterse a la previa autorización del Consejo de vigilancia y a pesar de que las reservas de autorización provenían de una fuente legal, declaraba la inoponibilidad frente a terceros.

¹⁵⁷⁰ Lo cierto es que el artículo 71.3 del Proyecto de 1975 declaraba que “la autorización dada por el Consejo de vigilancia no exonera a los miembros del Comité de dirección de su responsabilidad”. Nuestra Ley de Sociedades de Capital determina en su artículo 490 (antiguo artículo 335 del TRLSA) que las disposiciones sobre responsabilidad previstas para los administradores de nuestras sociedades anónimas serán de aplicación a los miembros de los órganos de las SE en el ámbito de sus respectivas funciones y en el artículo 236.2 (antiguo artículo 133.4 del TRLSA) establece que “en ningún caso exonera de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general”. En consecuencia, la responsabilidad será, en todo caso, del órgano que adoptó la decisión.

¹⁵⁷¹ Recordemos que el artículo 39.1 del RESE, en relación con el órgano de dirección, establece que “el órgano de dirección será responsable de la gestión de la SE...” y el artículo 40.1 de dicho texto legal, en relación con el órgano de control, dispone que “el órgano de control controlará la gestión encomendada al órgano de dirección. No podrá ejercer por sí mismo el poder de gestión de la SE”.

¹⁵⁷² En efecto, el artículo 39.5 del RESE contiene una autorización genérica que permite a los Estados miembros, que desconozcan en sus ordenamientos nacionales el sistema dual, adoptar las medidas pertinentes para su regulación.

¹⁵⁷³ No obstante y dejando a salvo la posibilidad de hacer relevantes frente a terceros los límites legales, la exigencia de conformidad con la Directiva 68/151/CEE (artículo 9.2: “las limitaciones a los poderes de los órganos de la sociedad, resultantes de los órganos competentes, no se podrán oponer frente a terceros, incluso si se hubieran publicado”) que prescribe el RESE y la coherencia que inspira el reparto de competencias entre los órganos en el sistema dual, debe llevar a declarar la inoponibilidad a terceros de la falta o irregularidad de la autorización previa del órgano de control a las operaciones establecidas en los estatutos o por acuerdo del órgano de control. Este es el espíritu recogido en el artículo 489 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 334 del TRLSA). Véase, en este sentido, ESTEBAN VELASCO, G., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, ya cit., págs. 677-678.

¹⁵⁷⁴ A tenor de lo dispuesto en el artículo 48.1, párrafo segundo del RESE, los Estados miembros “podrán disponer que, en el sistema dual, el propio órgano de control pueda someter a autorización determinadas categorías de operaciones”.

consecuencias de la ausencia de la autorización previa, deja bien claro que “será inoponible a los terceros, salvo que la sociedad pruebe que el tercero hubiera actuado en fraude o con mala fe en perjuicio de la sociedad”¹⁵⁷⁵.

En el sistema monista y a falta de disposición propia en el RESE, sobre los efectos de la falta de decisión expresa del pleno del Consejo de administración, habrá que remitirse a la legislación nacional que sea aplicable a las sociedades anónimas del domicilio de la SE en los supuestos en que este sistema esté regulado o a lo dispuesto, expresamente a estos efectos, por el Estado miembro correspondiente en los casos en que no esté regulado¹⁵⁷⁶. Si bien, al regular esta materia deberán de tener en cuenta lo previsto en la Directiva 68/151/CEE en cuanto a que no se podrán oponer frente a terceros, incluso si se hubieran publicado, las limitaciones a los poderes de los órganos resultantes de los estatutos o de una decisión de los órganos competentes.

Con carácter general, la falta de decisión expresa del pleno del órgano de administración, dejando a salvo los ordenamientos de Estados miembros que establezcan que los consejeros delegados carecen del poder de decisión y representación para la adopción de las categorías de operaciones sujetas a la decisión expresa del órgano de administración, sólo tendrá trascendencia en las relaciones internas de la sociedad y producirá efectos similares a los que he citado al ocuparme del sistema dual (revocación, no reelección, responsabilidad, etc.), sin que la falta de tal requisito afecte a terceros.

En España, donde está regulado el sistema monista, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con nuestro ordenamiento, los consejeros delegados no tienen limitado el ámbito de poder de gestión ni de representación a la gestión ordinaria; según lo preceptuado en el Reglamento del Registro Mercantil¹⁵⁷⁷ “el ámbito del poder de representación de los órganos delegados será siempre el que determina el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas) en relación con los administradores”. Por lo tanto, en el ámbito del poder de representación rige el principio de asimilación entre los órganos delegados y el Consejo de administración¹⁵⁷⁸, con la sola

¹⁵⁷⁵ Los efectos de la falta de autorización de las operaciones sometidas a autorización previa del Consejo de control se regulan en el artículo 489 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 334 del TRLSA) declarando su inoponibilidad frente a terceros salvo que la sociedad pruebe la mala fe o actuación fraudulenta del tercero.

¹⁵⁷⁶ El RESE en su artículo 43.4 contiene una autorización de carácter genérico a efectos de que los Estados miembros que desconozcan en su ordenamiento jurídico el sistema monista puedan regularlo. Una disposición similar se contiene en el artículo 39.5 para el sistema dual.

¹⁵⁷⁷ En efecto, el artículo 149 del Reglamento del Registro Mercantil está referido a la inscripción de la delegación de facultades y en su apartado 3 se remite, en cuanto al ámbito de representación de los órganos delegados, a lo establecido en la Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital). Por tanto, deberemos de tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 233 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 9.h), 128 del TRLSA) y 124.2.d) del Reglamento del Registro Mercantil en relación con la atribución del poder de representación y en el artículo 234 (antiguo artículo 129 del TRLSA) en relación con el ámbito del poder de representación.

¹⁵⁷⁸ Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 233.2.d) de la Ley de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 9.h) y 128 del TRLSA) y en el artículo 124.2.d) donde se recoge que “en el caso de Consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio Consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto”. En cuanto al ámbito de dicho poder, a tenor de lo previsto en el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 129 del TRLSA), se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social, siendo ineficaz frente a terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, incluso si estuviera inscrita en el Registro Mercantil, quedando obligada la sociedad incluso en el caso de que de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil se desprenda que el acto no estaba comprendido en el objeto social, siempre que los terceros hayan actuado de buena fe y sin culpa grave. En consecuencia, lo que se está haciendo es establecer un principio de asimilación, a efectos del ámbito del poder de representación, entre consejeros delegados y el Consejo de administración.

exclusión de las facultades que por ley son indelegables¹⁵⁷⁹. A mayor abundamiento, el legislador español en la Ley 19/2005 determina, para las SE que se establezcan en España y que opten por un sistema de administración monista, que será de aplicación a su órgano de administración lo establecido en la Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital) para los administradores de nuestras sociedades anónimas, en cuanto no contradiga lo dispuesto en el RESE y en la Ley que regule la implicación de los trabajadores en las SE¹⁵⁸⁰. En consecuencia, de acuerdo con nuestra legislación “cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros”¹⁵⁸¹.

V. FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS

Escasas disposiciones dedica el RESE a las materias relativas al funcionamiento de los órganos colegiados (Consejo de dirección, Consejo de control, Consejo de administración), hace referencia al quórum de constitución y a las mayorías para la adopción de acuerdos sociales¹⁵⁸², al voto de calidad del Presidente¹⁵⁸³ y a la posibilidad de que los Estados miembros dispongan aplicable para el órgano de control de las SE (en los supuestos de participación de los trabajadores en dicho órgano), los quórum de constitución y las mayorías de adopción de acuerdos que fueran de aplicación a las sociedades anónimas constituidas según su Derecho nacional y en las mismas condiciones¹⁵⁸⁴. Asimismo, en las disposiciones relativas a la regulación del órgano de control del sistema dual y del órgano de administración del sistema monista, hace referencia a que dichos órganos elegirán de entre sus miembros un Presidente, estableciendo que cuando la mitad de los miembros, bien del órgano de control del sistema dual, bien del órgano de administración del sistema monista,

¹⁵⁷⁹ A tenor de lo dispuesto en el artículo 249.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1, párrafo segundo del TRLSA) no podrán delegarse ni la rendición de cuentas de la gestión social y la presentación de balances a la Junta general, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella.

¹⁵⁸⁰ En efecto, el artículo 328 del TRLSA (actual artículo 477 de la Ley de Sociedades de Capital) contiene una remisión a lo establecido para los administradores de nuestras sociedades anónimas en la Ley de Sociedades de Capital, dejando a salvo, claro está, lo dispuesto a tal efecto, tanto en el RESE, como en la Ley que regula la implicación de los trabajadores en la SE.

¹⁵⁸¹ Lo cierto es que de la regulación contenida en el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 129 del TRLSA) se desprende el principio de inoponibilidad frente a terceros.

¹⁵⁸² El RESE dedica los artículos 50.1.a) y b) a la regulación de los quórum de constitución y toma de decisiones de los órganos de la SE. Los quórum recogidos en este artículo sólo serán de aplicación en defecto de previsión estatutaria, puesto que el Reglamento contiene una autorización expresa, aunque con carácter facultativo, para que estos extremos puedan ser regulados a través de los estatutos de la SE.

¹⁵⁸³ El voto de calidad del Presidente se regula en el artículo 50.2 del RESE. La previsión contenida en este apartado 2 sólo será de aplicación cuando los estatutos sociales no hayan regulado esta materia, aunque se establece una limitación a la autonomía estatutaria en relación con el órgano de control, ya que en el caso de que la mitad de dicho órgano esté compuesto por representantes de los trabajadores se impone como obligatorio el voto de calidad del Presidente sin que los estatutos puedan efectuar disposición alguna en contra. Resulta cuanto menos extraño, que dado el paralelismo mantenido por el RESE al regular los órganos de control del sistema dual y de administración del sistema monista, no contenga una disposición similar para el supuesto en que la mitad del órgano de administración del sistema monista esté compuesto por representantes de los trabajadores. A pesar de que el artículo 50.2 del RESE hace referencia al “órgano de control”, entiendo que, al estar este artículo contenido dentro de las normas comunes a ambos sistemas de administración, será aplicable tanto al Consejo de control como al Consejo de administración, máxime teniendo en cuenta que la participación de los trabajadores siempre se instrumentará para los sistemas duales a través del Consejo de control y para los sistemas monistas a través del Consejo de administración.

¹⁵⁸⁴ Según lo estipulado en el artículo 50.3 del RESE. Este artículo otorga una autorización concreta y potestativa a los Estados miembros a los efectos indicados, pero sólo en relación con el órgano de control de los sistemas duales, no hace mención al órgano de administración del sistema monista al igual que sucede en el apartado 2 de éste artículo. Si bien, por los mismos motivos recogidos en pie de página precedente considero que será de aplicación, tanto al Consejo de control, como al Consejo de administración.

hayan sido designados por los trabajadores, sólo podrá ser elegido como Presidente un miembro representante del capital. En cuanto al resto de materias, concernientes al funcionamiento de los órganos colegiados, no reguladas por el RESE (convocatorias, representación, derecho de voto, determinación de cargos en el seno del órgano¹⁵⁸⁵, formalización y ejecución de acuerdos¹⁵⁸⁶, aplicación de nuevas tecnologías para la adopción de acuerdos, etc.), quedarán remitidas a lo previsto en las legislaciones nacionales para sus sociedades anónimas¹⁵⁸⁷ y, en su caso, cuando proceda la regulación de un

¹⁵⁸⁵ En la legislación societaria española la designación de los cargos en el seno del Consejo de administración corresponde a los estatutos y en su defecto al propio órgano; encontramos, sin embargo ciertas referencias a dichos cargos: así el artículo 245.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1 del TRLSA) prevé que, a falta de disposición estatutaria, podrá el propio órgano colegiado designar a su Presidente; el artículo 246 de la citada Ley –modificado por la Ley 25/2011, de 1 de agosto– (antiguo artículo 140.1, *in fine*) dice que la convocatoria del Consejo se efectuará por el Presidente; el artículo 250 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 142 del TRLSA) establece que las actas serán firmadas por el Presidente y el Secretario; también se le confiere al Presidente, salvo que los estatutos dispongan otra cosa, presidir las Juntas generales de la sociedad, e igualmente establece que, salvo disposición estatutaria en contra, el Secretario de la Junta será la persona que ostente dicho cargo en el Consejo de administración (artículo 191 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 110 del TRLSA–; nuestra antigua Ley de Sociedades Anónimas, a diferencia de la actual ley, decía que el Secretario, si no era designado mediante disposición estatutaria, sería designado por los accionistas asistentes a la Junta). Por lo demás, en esta materia habrá que estar a lo dispuesto estatutariamente, lo que no resta relevancia a los importantes poderes y facultades que en la práctica ostenta o puede ostentar el Presidente del Consejo. Véase SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del Consejo de administración*, ya cit., págs.258-284; MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit. págs. 1748-1751; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 535-545.

Por lo que respecta a la figura del Secretario, también son escuetas las referencias contenidas en nuestra legislación (artículos 250 –antiguo artículo 142 del TRLSA– y 191 del La Ley de Sociedades de Capital). La figura del Secretario, según recoge POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 500-512, resulta cada vez más imprescindible por su profesionalización y funcionarización. Si bien, a pesar de que en nuestra práctica societaria nos encontramos con una configuración de la figura como un “alto empleado con un amplio espectro de funciones a su cargo” lo cierto es que su regulación legal carece, prácticamente, de contenido, a pesar de que hay que reconocer un progresivo reconocimiento de la importancia del cargo y la tendencia (ya reconocida en el Derecho anglosajón) a su profesionalización, confiriéndole multitud de tareas (función asesora, redactora y de conservación de los documentos de la sociedad; función autenticadora y de dación de la fe social; potestad certificante) y fundamentalmente las relativas a la defensa del principio de legalidad en la actuación de los órganos sociales. Nuestra legislación societaria (en sentido amplio, por referencia al Reglamento del Registro Mercantil) reconoce también la figura del Secretario no consejero en el artículo 109.1.a) al determinar que la facultad de certificar corresponde “al Secretario y... sea o no administrador...”; en este mismo sentido SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 542-545, este autor hace referencia, también a la figura del Vicesecretario que, en caso de ausencia o de imposibilidad del Secretario, ejercerá las funciones de éste, en el supuesto de que existiera más de un Vicesecretario se establecerá una prelación u orden a los efectos de cubrir esas funciones (véanse las págs. 544-545). Estas disposiciones también serán de aplicación a las SE que se establezcan en España, en defecto de previsión estatutaria, ya que nuestro legislador ha declarado de aplicación a sus diversos órganos las disposiciones sobre esta temática, contenidas en la Ley de Sociedades de Capital para el Consejo de administración de las sociedades anónimas nacionales (artículos 477, 483 y 485 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguos artículos 328, 331.2. y 333.1 del TRLSA–).

¹⁵⁸⁶ La facultad de certificación y elevación a público de los acuerdos del Consejo se atribuye al Secretario y, en su caso, al Vicesecretario que deberán de tener el cargo vigente e inscrito con carácter previo o simultáneo, (artículos 108 y 109 del Reglamento del Registro Mercantil), dejando a salvo las facultades de protocolización que pueden otorgarse a cualquier miembro del órgano con cargo vigente e inscrito, bien en la escritura social, o bien en la propia reunión en la que se haya adoptado el acuerdo objeto de protocolización. Respecto a los límites a la facultad de certificar del Secretario puede consultarse SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del Consejo de administración*, ya cit., págs. 298- 300.

¹⁵⁸⁷ Recordemos que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.1.c). ii), iii) del RESE, cuando nos encontremos con materias no reguladas por el RESE o reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos, deberemos de aplicar las disposiciones legales y estatutarias del Estado miembro donde la SE tenga su domicilio social en las mismas condiciones que sean de aplicación a sus sociedades anónimas nacionales.

determinado sistema¹⁵⁸⁸, se regirán por las disposiciones legales que a estos efectos adopten los Estados miembros¹⁵⁸⁹.

En los Proyectos de 1970 y 1975, que solamente admitían el sistema dual, se dedicaban escasas disposiciones a la regulación del régimen de funcionamiento interno del órgano de dirección, que cuando se componía de varios miembros debía de revestir forma colegiada, en este caso el Consejo de vigilancia podía conferir a uno de sus miembros la función de Presidente¹⁵⁹⁰. También, se recogía la posibilidad del reparto interno de tareas (señalándose, expresamente, que el reparto sólo tenía efectos internos) y de que el Consejo de vigilancia estableciera el funcionamiento interno del órgano de dirección mediante un reglamento interior¹⁵⁹¹. Al régimen de funcionamiento del órgano de control se dedicaban algunas disposiciones más: elección de Presidente y Vicepresidente¹⁵⁹², convocatoria, derecho de participación con voz de los miembros del órgano de dirección¹⁵⁹³, requisitos mínimos con carácter imperativo relativos al quórum y mayorías, representación, formalización de acuerdos¹⁵⁹⁴. En los Proyectos de 1989 y 1991, donde ya se admitían los dos sistemas de administración (dual y monista), en la sección 3, relativa a las disposiciones comunes a ambos sistemas, se recogían algunas normas relativas al funcionamiento de los órganos, aunque, respecto a los anteriores proyectos se observa una reducción y simplificación en esta materia. En efecto, en ambos proyectos se hace referencia al quórum y toma de decisiones (mayoría)¹⁵⁹⁵, aunque el Proyecto de 1989 establecía el carácter

¹⁵⁸⁸ El RESE concede una autorización genérica para que los Estados miembros, que no regulan en sus ordenamientos el sistema dual, puedan adoptar las disposiciones pertinentes a efectos de su regulación (artículo 39.5), en este mismo sentido y respecto al sistema monista, la autorización genérica se recoge en el artículo 43.4.

¹⁵⁸⁹ A tenor de lo previsto en el artículo 9.1.c).i). Además, debemos tener en cuenta que el artículo 50.3 contiene una autorización específica y de carácter facultativo, que constituye una excepción a lo previsto en los apartados 1 y 2 de dicho artículo, consistente en que los Estados miembros pueden disponer, cuando la participación de los trabajadores esté organizada con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2001/86/CE, que el quórum y la toma de decisiones del órgano de control queden sujetos a las mismas normas aplicables, en las mismas condiciones, a las sociedades anónimas constituidas con arreglo al Derecho del Estado miembro de que se trate.

¹⁵⁹⁰ Según lo dispuesto en el artículo 63.6 del Proyecto de 1970, que también permitía que el Consejo de vigilancia designara a uno de los miembros del órgano de dirección para encargarse de las cuestiones de personal y relaciones laborales. Su homónimo del Proyecto de 1975 sólo hacía referencia a la designación de Presidente.

¹⁵⁹¹ Así venía establecido en el artículo 64.2 del Proyecto de 1970 y artículo 64.2 y 3 del Proyecto de 1975. En el Proyecto de 1975, a efectos de la elaboración del correspondiente reglamento interior, se da audiencia al Comité de dirección (este extremo no se contemplaba en el Proyecto de 1970).

¹⁵⁹² El Proyecto de 1970 recogía en su artículo 76.1 que “el Consejo de vigilancia elegirá en su seno un Presidente y un Vicepresidente”. El Proyecto de 1975 dedicaba también el artículo 76.1 a la regulación de éstos extremos si bien, preveía la elección de uno o varios Vicepresidentes.

¹⁵⁹³ Los Proyectos de 1970 y 1975 establecían en el artículo 76.2 y 3 que “2. El Presidente convocará el Consejo de vigilancia de oficio, a petición de un miembro del Consejo de vigilancia o de dirección. La petición deberá indicar los motivos de la convocatoria. Si no se accede a esta petición en el plazo de quince días, el Consejo de vigilancia podrá ser convocado por aquel que haya hecho la petición. 3. Los miembros del Comité de dirección participaran en las reuniones del Consejo de vigilancia, salvo que este último decida otra cosa. Tendrán voz consultiva”.

¹⁵⁹⁴ Según lo dispuesto en el artículo 77 de los Proyectos de 1970 y 1975, el Consejo de vigilancia sólo podía deliberar válidamente si estaban presentes al menos la mitad de sus miembros. Las decisiones se adoptaban por mayoría de los miembros presentes y representados, salvo que estatutariamente se estableciera una mayoría más amplia; los miembros ausentes podían tomar parte en los acuerdos dando poder de representación a un miembro presente, en las condiciones previstas en los estatutos; podían adoptarse acuerdos por escrito, especialmente por intercambio de telegramas o telex, sobre un punto determinado, siempre que ningún miembro se opusiera a este procedimiento. Los acuerdos del Consejo de vigilancia se consignaban en un acta firmada por su Presidente, copias de dicha acta se enviaban inmediatamente a los miembros del Consejo de vigilancia.

¹⁵⁹⁵ De la regulación de los quóruns de constitución y toma de decisiones se ocupaba, tanto en el Proyecto de 1989, como en el de 1991 el artículo 76, aunque lo hacían de forma diversa, los quóruns fijados

imperativo de los mínimos (quórum mitad de los miembros; mayoría de los miembros presentes y representados, para la toma de decisiones), de manera que los estatutos podían fijar otros, pero siempre superiores a los mínimos citados¹⁵⁹⁶; el Proyecto de 1991 se remitía a estos efectos a los estatutos¹⁵⁹⁷ y, sólo en defecto de previsión estatutaria se preveía un quórum mínimo (mitad de los miembros) y una mayoría para la toma de decisiones referida sólo a los miembros presentes¹⁵⁹⁸, además, declaraba decisorio el voto del Presidente en caso de empate¹⁵⁹⁹.

El legislador español al regular, en la Ley 19/2005, el sistema dual establece que la organización, funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos del Consejo de dirección se regirá, dejando a salvo lo dispuesto en el RESE, por lo establecido en los estatutos y en su defecto, por lo previsto por la Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital) para el Consejo de administración de las sociedades anónimas¹⁶⁰⁰. En cuanto al Consejo de control se limita a decir que será de aplicación, al Consejo de control, lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital) para el funcionamiento del Consejo de administración de las sociedades anónimas, en cuanto no contradiga lo dispuesto en el RESE¹⁶⁰¹. En consecuencia y salvo que los estatutos

en el Proyecto de 1989 tenían carácter imperativo, en consecuencia por vía estatutaria sólo cabía establecer quórums más elevados. En el Proyecto de 1991, el artículo 76 se remitía a las previsiones estatutarias y sólo a falta de regulación estatutaria resultaban de aplicación las disposiciones en él contenidas.

¹⁵⁹⁶ En efecto, el artículo 76 del Proyecto de 1989 establecía que “1. Salvo que los estatutos de la SE dispongan un quórum más elevado, cada órgano sólo decidirá válidamente si la mitad por lo menos de sus miembros participa en la decisión. 2. Los miembros ausentes podrán participar en las decisiones otorgando poder de representación a un miembro presente. Cada miembro sólo podrá representar a un solo miembro ausente. 3. Salvo que los estatutos de la SE dispongan una mayoría más alta, las decisiones se adoptarán por mayoría de los miembros presentes o representados. 4. En las condiciones estipuladas en los estatutos de la SE cada uno de los órganos podrá igualmente adoptar decisiones mediante votos emitidos por escrito, télex, telegrama, teléfono o por cualquier otro medio de telecomunicación, siempre que todos los miembros estén informados del procedimiento de voto previsto y ningún miembro se oponga a la adopción de este procedimiento”.

¹⁵⁹⁷ A tenor de lo previsto en el artículo 76.1 del Proyecto de 1991 “los órganos de la SE deliberarán en las condiciones y con arreglo a las modalidades previstas en los estatutos”.

¹⁵⁹⁸ Lo cierto es que el artículo 76.2 del Proyecto de 1991 preveía que, sólo a falta de disposición estatutaria, los órganos de la SE decidían válidamente si estaban presentes en la deliberación como mínimo la mitad de sus miembros y, que sus decisiones se adoptaban por mayoría de sus miembros efectivamente presentes. El Proyecto de 1989, dejando a salvo las previsiones estatutarias que en su caso exigieran una mayoría más alta, determinaba que las decisiones se adoptaban por la mayoría de los miembros presentes o “representados”.

¹⁵⁹⁹ Efectivamente, el artículo 76.3 bis del Proyecto de 1991 disponía que “en caso de empate, el voto del Presidente de cada órgano será decisorio”.

¹⁶⁰⁰ De acuerdo con lo establecido en el artículo 331.2 del TRLSA (actual artículo 483 de la Ley de Sociedades de Capital). Por tanto, a falta de disposición estatutaria, serán de aplicación, en cuanto a los quórums de constitución y adopción de acuerdos y al voto de calidad del Presidente, lo previsto en el RESE (artículo 50). Por lo demás, en virtud de lo dispuesto en el artículo 245.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1 del TRLSA), a falta de disposición estatutaria será el propio Consejo de dirección el que podrá regular por la vía de los reglamentos internos su propio funcionamiento. Véanse también, en relación con el Consejo de administración de las sociedades anónimas españolas, los siguientes artículos de la Ley de Sociedades de Capital: convocatoria, artículo 246 (antiguo artículo 140.1 del TRLSA); libro de actas, artículo 250 (antiguo artículo 142 del TRLSA); Presidente y Secretario de la Junta general, artículo 191 (antiguo artículo 110 del TRLSA) y los artículos 97, 106, 107, 108, 109, 112 y 113 del Reglamento de Registro Mercantil, en cuanto a los requisitos de formalización e inscripción de los acuerdos adoptados por los órganos colegiados.

¹⁶⁰¹ A tenor de lo previsto en el artículo 333.1 del TRLSA (actual artículo 485 de la Ley de Sociedades de Capital). Por tanto, dejando a salvo las cuestiones relativas a los quórums de constitución y adopción de acuerdos (artículo 50.1 del RESE), a falta de disposición estatutaria al respecto, y al voto de calidad del Presidente que no quedará sometido a la autonomía estatutaria en el supuesto de que la mitad de los componentes del órgano estuvieran designados por los trabajadores (artículo 50.2 del RESE), y teniendo en cuenta lo preceptuado en el RESE respecto a la elección del Presidente, en los supuestos en que la mitad de los miembros del órgano hayan sido designados por los trabajadores (artículo 42), será el propio Consejo de

establezcan las normas sobre el funcionamiento del Consejo de control (o atribuyan su fijación a la Junta general), será el propio órgano el que determinará las reglas para su funcionamiento en el correspondiente reglamento de régimen interno¹⁶⁰². Por supuesto, en cuanto a la remisión genérica que establece la Ley 19/2005 a lo previsto para el funcionamiento del Consejo de administración de nuestras sociedades anónimas nacionales (actual Ley de Sociedades de Capital), habrá que hacer las adaptaciones que fueran precisas a efectos de su aplicación al Consejo de control.

Por lo que respecta al sistema monista, la Ley 19/2005 declara de aplicación al órgano de administración de las SE que decidan establecerse en España y opten por este sistema de administración lo establecido en la Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital) para los administradores de las sociedades anónimas españolas, en cuanto no contradiga lo dispuesto en el RESE y en la Ley que regule la implicación de los trabajadores en la SE¹⁶⁰³.

1. REUNIONES DE LOS ÓRGANOS: CONVOCATORIA

Dejando a salvo la obligación que se impone al Consejo de administración en los sistemas monistas¹⁶⁰⁴ de reunirse como mínimo cada tres meses (o con aquella mayor frecuencia que señalen los estatutos) para deliberar acerca de la marcha de los asuntos de la SE y de su posible evolución¹⁶⁰⁵, no existe regulación en el RESE sobre esta materia, por lo que habrá que acudir a la normativa general de las sociedades anónimas del domicilio de la

control el que establezca, a través de los reglamentos internos, su propio funcionamiento. Todo ello, sin perjuicio de las demás disposiciones que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales sobre convocatorias, formalización e inscripción de acuerdos, etc., por supuesto, con las correcciones que fueran necesarias, en su caso, para adaptarlas al órgano de control de las SE.

¹⁶⁰² Puesto que nuestra Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 245 (antiguo artículo 141.1 del TRLSA), da prevalencia a las disposiciones estatutarias, estableciendo que "... cuando los estatutos no dispusieran otra cosa...".

¹⁶⁰³ De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 328 del TRLSA (actual artículo 477 de la Ley de Sociedades de Capital). En consecuencia, para las SE que decidan establecerse en España, según lo dispuesto en el RESE en materia de quórum y adopción de acuerdos, y salvo que el propio RESE o los estatutos establezcan otra cosa, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 50.1.a) y b) del Reglamento, ya que a pesar de que dicho texto legal no contiene un mandato de regulación expresa en esta materia, ni sus disposiciones tienen carácter de mínimos, lo cierto es que prevalecen sobre lo establecido en la legislación nacional para sus sociedades anónimas. Igual carácter debe de concederse, a falta de disposición estatutaria, al voto de calidad del Presidente en caso de empate (artículo 50.2 del RESE). Asimismo, hay que tener en cuenta que, cuando la mitad de los miembros del órgano hayan sido designados por los trabajadores, la elección del Presidente deberá de recaer en un miembro representante del capital (artículo 45 del RESE). Por lo demás, a falta de previsión estatutaria habrá que estar a lo dispuesto para el Consejo de administración en nuestra Ley de Sociedades de Capital.

¹⁶⁰⁴ En efecto, el artículo 44 del RESE contiene una disposición de carácter imperativo que obliga en los sistemas monistas a que el Consejo de administración se reúna como mínimo cada tres meses. La legislación española no contiene ninguna disposición relativa a la periodicidad de las reuniones de este órgano colegial (salvo la obligación recogida en el artículo 253.1 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 171 del TRLSA–, sobre la formulación de cuentas en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social), deja que este extremo se regule, bien estatutariamente, o bien mediante los correspondientes reglamentos de régimen interior (artículo 245.2 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 141.1. del TRLSA–). Obviamente, las SE que decidan establecerse en España podrán fijar, bien estatutariamente, o bien mediante los correspondientes reglamentos del Consejo, el régimen que tengan por conveniente; eso sí, deberán de respetar la periodicidad trimestral que impone el RESE, de manera que podrán fijar una periodicidad menor, pero nunca superior a la establecida por dicho texto legal.

¹⁶⁰⁵ Se trata de reuniones que podrían calificarse de ordinarias, cuyo objeto consiste en deliberar acerca de la marcha de los asuntos de la SE y de su evolución previsible. Aparte de estas reuniones el órgano de administración podrá, obviamente, reunirse cuantas veces considere necesario para tratar asuntos de carácter extraordinario que revistan interés para la SE y cuya consideración no pueda esperar a la celebración de una reunión ordinaria. AGUILÓ PIÑA, J. F., "La Sociedad Anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos", ya cit., pág. 1878.

SE¹⁶⁰⁶ o, en su caso, a las medidas expresamente adoptadas específicamente para las SE por los Estados miembros¹⁶⁰⁷.

En relación con el sistema monista el legislador español se ha limitado a declarar de aplicación, para las SE que decidan establecerse en nuestro país y opten por este sistema, lo establecido en la Ley de Sociedades de Capital para los administradores de nuestras sociedades anónimas, siempre que no contradiga lo dispuesto en el RESE y en la Ley que regula la implicación de los trabajadores. Por tanto, deberá de respetarse la periodicidad mínima establecida por el RESE, por lo que el Consejo de administración se reunirá, al menos, con una periodicidad trimestral para deliberar acerca de la marcha de los asuntos de la SE y de su previsible evolución (éste constituirá el contenido mínimo a tratar en la reunión trimestral por disposición expresa del RESE).

Los Proyectos de 1970 y 1975, que como ya he indicado anteriormente sólo admitían el sistema dual, regulaban la convocatoria de las reuniones del órgano de control¹⁶⁰⁸. Sin embargo, los Proyectos de 1989 y 1991, al igual que el texto definitivamente aprobado por el RESE, no hacían mención alguna al respecto.

En el caso español, el legislador, en función de la autorización genérica concedida por el RESE¹⁶⁰⁹, ha procedido a regular el sistema dual y ha previsto, dejando a salvo lo

¹⁶⁰⁶ Según lo establecido en el artículo 9.1.c) ii), iii) del RESE en las materias no reguladas por dicho texto legal o reguladas sólo en parte, respecto a los aspectos no cubiertos, deberá de acudir para su regulación a las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas nacionales o a las disposiciones estatutarias, en las mismas condiciones que rijan para las sociedades anónimas nacionales. Nuestra Ley de Sociedades de Capital sólo hace referencia a la convocatoria del Consejo al referirse a la persona competente a tal efecto, estableciendo (hasta la reforma efectuada en virtud de la Ley 25/2011, de 1 de agosto) que dicha facultad viene atribuida, de manera exclusiva, al Presidente o persona que haga sus veces (artículo 246 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 140.1. del TRLSA–). La reforma llevada a cabo por la Ley 25/2011, ha añadido un nuevo apartado al artículo 246 y en consecuencia, “2. Los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del Consejo podrán convocarlo, indicando el orden del día, para su celebración en la localidad donde radique el domicilio social, si, previa petición al Presidente, éste sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes”.

Tal y como señala POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 445, “la imperatividad de la norma ha sido corroborada por la jurisprudencia, que no sólo ha negado tal competencia a los consejeros o al propio Vicepresidente –si no es por ausencia del Presidente–, sino que ha aclarado que la facultad de convocar el Consejo por quien haga las veces del Presidente es una facultad subsidiaria y no alternativa o simultánea. La posición jurisprudencial negando el carácter alternativo de la facultad y obligación de convocar obligará, por tanto, a regular estatutariamente la cuestión en caso de existencia de copresidentes, si se admite la posibilidad de su designación”.

Dejando a salvo la referencia a la convocatoria por el Presidente y, después de la reforma efectuada por la Ley 25/2011, a la posible convocatoria por un tercio de los administradores, nada más se recoge en nuestra legislación sobre otras cuestiones, como la iniciativa para la convocatoria, la forma o contenido de la misma; por lo tanto, tales extremos quedarán confiados a la autonomía estatutaria o reglamentaria del Consejo que vendrá, de esta forma, a complementar las disposiciones legales. Por tanto, estas mismas previsiones serán de aplicación a las SE españolas, si bien teniendo en cuenta la obligatoriedad de convocatoria trimestral para tratar el determinado orden del día que obligatoriamente recoge el RESE (artículo 44).

¹⁶⁰⁷ A tenor de lo dispuesto en el artículo 9.1.c).i) en relación con los artículos 39.5 y 43.4 del RESE. Estos artículos hacen referencia a las disposiciones que los legisladores de los Estados miembros deben de adoptar para posibilitar el establecimiento de las SE en su territorio y a las autorizaciones genéricas concedidas en esta materia para la regulación por parte de los Estados miembros del sistema de administración (dual o monista) que sea desconocido en su legislación nacional.

¹⁶⁰⁸ Tanto el Proyecto de 1970 como el de 1975, regulaban esta materia en el artículo 76.2 de forma similar. La convocatoria del Consejo de vigilancia competía al Presidente de dicho órgano, que podía convocar el Consejo de oficio, a petición motivada de uno de sus miembros o de uno de los miembros del Consejo de dirección. Si la petición no era atendida en el plazo de quince días, el Consejo de vigilancia podía ser convocado por aquél que había hecho la petición.

¹⁶⁰⁹ La autorización genérica contenida en el artículo 39.5 del RESE faculta a los Estados miembros, que desconozcan el sistema dual en sus ordenamientos jurídico societarios, para que adopten las disposiciones que sean pertinentes a efectos de garantizar a las SE que decidan establecerse en su territorio la elección entre un sistema de administración monista o dual.

dispuesto en el RESE, que la organización funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos del Consejo de dirección se regirá por lo establecido en los estatutos sociales y, en su defecto, por lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para el Consejo de administración de las sociedades anónimas¹⁶¹⁰. En cuanto al Consejo de control declara, igualmente, de aplicación al mismo, lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital en cuanto al funcionamiento del Consejo de administración de las sociedades anónimas, siempre que no contradiga lo dispuesto por el RESE¹⁶¹¹. En consecuencia, a falta de disposición estatutaria, corresponderá a los respectivos órganos determinar las reglas sobre su funcionamiento¹⁶¹² en el correspondiente reglamento de régimen interno, donde se podrá fijar el régimen de convocatorias.

En cuanto a la competencia para convocar las reuniones de los respectivos órganos de las SE que decidan establecerse en España, considero que corresponderá al Presidente o a quien haga sus veces y después de la modificación efectuada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, que ha añadido un nuevo apartado al artículo 246 de la Ley de Sociedades de Capital¹⁶¹³, también podrán ser convocadas por los consejeros que constituyan al menos un tercio de los miembros del órgano de que se trate si, previa petición al Presidente, éste sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes; las convocatorias se harán con la periodicidad que fijen los estatutos o según lo establecido en los reglamentos internos y, en su caso, a petición de uno o varios consejeros si así se ha previsto en los estatutos sociales o por disposición legal a petición de un tercio de los miembros del órgano; además, a juicio del Presidente de los respectivos órganos, cuando lo considere conveniente para el interés social. No obstante, habrá que respetar las reuniones mínimas que con

¹⁶¹⁰ Según lo dispuesto en el artículo 483 (antiguo artículo 331.2 del TRLSA). Véanse los artículos 242 a 251 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 136 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas) que hacen referencia al Consejo de administración de las sociedades anónimas. Hay que tener en cuenta que la Ley 19/2005 introdujo un artículo específico, en relación con la impugnación de los acuerdos de los órganos de administración de las SE (artículo 336 del TRLSA –actual artículo 491 de la Ley de Sociedades de Capital–), que hace innecesaria la aplicación del artículo 251 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 143 del TRLSA), aunque ambos artículos tienen un contenido prácticamente idéntico y que el artículo 50 del RESE remite a la regulación estatutaria los quórum de constitución y toma de decisiones y en defecto de disposición estatutaria al respecto, fija unos determinados quórum, por tanto no será de aplicación lo previsto en los artículos 247.2. y 248.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos 139 y 140.1. del TRLSA).

¹⁶¹¹ A tenor de lo previsto en el artículo 485 (antiguo artículo 333.1 del TRLSA). Este artículo relativo al funcionamiento del Consejo de control, al igual que el artículo 483 (antiguo artículo 331.2 del TRLSA) relativo al funcionamiento del Consejo de dirección, se remite a lo previsto en nuestra Ley de Sociedades de Capital para el Consejo de administración de nuestras sociedades anónimas, por tanto, salvo que los estatutos dispongan otra cosa, serán los propios órganos los que regularán su funcionamiento, aunque, habrá que tener en cuenta lo previsto en los artículos 42 del RESE en cuanto a la elección de Presidente y en el artículo 50.1 y 2 de dicho texto legal en cuanto a los quórum de constitución y adopción de acuerdos y al voto de calidad del Presidente

¹⁶¹² En virtud de lo dispuesto en el artículo 245.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1 del TRLSA), si los estatutos no prevén otra cosa corresponderá al Consejo regular su propio funcionamiento.

¹⁶¹³ Nuestra Ley de Sociedades de Capital establece en el artículo 246.1 (antiguo artículo 140 del TRLSA) que tal competencia corresponde al Presidente o a quien haga sus veces (Vicepresidente o quien se indique estatutariamente), la facultad otorgada es subsidiaria a la del Presidente y no compartida con aquél. GARCÍA GARCÍA, E., “El Consejo de Administración: funcionamiento”, ya cit., pág. 1341. Ahora bien, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, ha añadido un nuevo apartado 2 al artículo 246 de la Ley de Sociedades de capital por el que “los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del Consejo podrán convocarlo, indicando el orden del día, para su celebración en la localidad donde radique el domicilio social, si, previa petición al Presidente, éste sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes”.

carácter trimestral vienen fijadas por el RESE para el Consejo de administración del sistema monista¹⁶¹⁴.

2. CONSTITUCIÓN: QUÓRUM Y REPRESENTACIÓN

A fin de que los órganos de administración de ambos sistemas puedan adoptar válidamente acuerdos, se requiere la celebración de la correspondiente reunión de los miembros de los respectivos órganos. Nada se dice en el RESE ni sobre el lugar de la reunión, ni sobre la posibilidad de que dichos órganos adopten acuerdos sin sesión¹⁶¹⁵ o sobre el empleo de las nuevas tecnologías a efectos de votación; sin embargo, a mi juicio, nada induce a descartar la posibilidad de que las SE adopten las pertinentes previsiones estatutarias al respecto¹⁶¹⁶. En todo caso, como ya he dicho repetidamente, tendremos que tener en cuenta, respecto a las materias no reguladas o reguladas sólo en parte, lo previsto en las respectivas legislaciones nacionales del domicilio de la SE. El mismo tratamiento cabe dispensar a la posibilidad de participar por medio de representante¹⁶¹⁷.

En cuanto al quórum de constitución el RESE determina, dejando a salvo los casos en que dicho texto o los estatutos dispongan otra cosa, que se exigirá para la constitución de los órganos colegiados un quórum de al menos la mitad de los miembros presentes o representados; por consiguiente, la base para el computo exigido se determinará en función

¹⁶¹⁴ Recordemos que el artículo 44 del RESE establece que el Consejo de administración, de los sistemas monistas, tendrá la obligación de reunirse como mínimo cada tres meses para deliberar acerca de la marcha de los asuntos de la SE y de su evolución previsible.

¹⁶¹⁵ La Ley de Sociedades de Capital prevé, en su artículo 248.2 (antiguo artículo 140.2 del TRLSA), la posibilidad de que se adopten acuerdos por escrito y sin sesión, siempre que ningún consejero se oponga a este procedimiento; a mayor abundamiento, y del tenor literal del citado artículo se desprende que, a tal efecto, no será necesario hacer ninguna previsión estatutaria. Así pues, este artículo requiere que la votación se efectúe por escrito, pero no dice nada más en cuanto al modo o forma en que debe de plasmarse el voto, y en este sentido bastará con utilizar cualquier medio que garantice la autenticidad del voto. Si bien, el artículo 100.3 del Reglamento del Registro Mercantil exige, salvo disposición contraria en la escritura social, que el voto por correo se remita dentro del plazo de diez días contados desde la fecha en que se reciba la solicitud de emisión del voto, careciendo de valor en caso contrario; también, a tenor de lo dispuesto en el artículo 100.2 del citado texto reglamentario, se deberá de hacer constar en el acta que se ha cumplido la exigencia legal en lo tocante a que ningún consejero se ha opuesto a la votación por escrito y sin sesión, además, será necesario que el acuerdo de que se trate no esté excluido por la ley de la posibilidad de adoptarse por este procedimiento (artículo 100.1 del Reglamento del Registro Mercantil). Considero, por tanto, que las SE que decidan establecerse en nuestro territorio podrán regular estos extremos estatutariamente, puesto que en materia de quórum de constitución y toma de decisiones de los órganos de la SE, el RESE atribuye el predominio normativo a los estatutos sociales, por lo que las disposiciones contenidas en el artículo 50 del RESE sólo se aplicarán a falta de disposición estatutaria. Véase, en cuanto a la adopción sin sesión del consejo, GARCÍA GARCÍA, E., "El Consejo de Administración: funcionamiento", ya cit., págs. 1347-1348.

¹⁶¹⁶ El artículo 77.5 de los Proyectos de 1970 y 1975 decía: "en las condiciones previstas en los estatutos, podrán adoptarse acuerdos por escrito, especialmente por intercambio de telegramas o télex, sobre un punto determinado, siempre que ningún miembro se oponga a éste procedimiento".

¹⁶¹⁷ Recordar, una vez más, que el artículo 50.1 del RESE atribuye el predominio normativo a los estatutos sociales y, por tanto, estos podrán prohibir o limitar la representación. No obstante, dicho artículo hace mención expresa al representante al fijar los quórum de constitución y adopción de acuerdos. También, nuestra Ley de Sociedades de Capital en el artículo 247.2 (antiguo artículo 139 del TRLSA) admite la posibilidad de que el Consejo pueda constituirse válidamente, no sólo mediante la presencia personal, sino también a través de la representación, pero no contiene ninguna otra regulación sobre la representación, si bien, doctrinalmente se viene exigiendo que la representación se confiera por escrito con carácter concreto para una determinada reunión y deberá de recaer en un miembro del Consejo, tal y como se desprende del artículo 97.1.4º, último párrafo del Reglamento del Registro Mercantil al exigir como una de las circunstancias que deben de constar en el acta que "en caso de órganos colegiados de administración, se expresará el nombre de los miembros concurrentes, con indicación de los que asisten personalmente y de quienes lo hacen representados por otro miembro". En el artículo 77.4 del Proyecto de 1970 y el artículo 77.3 del Proyecto de 1975, se preveía la posibilidad de que los miembros ausentes tomaran parte en los acuerdos dando poder de representación a un miembro presente.

del número de miembros componentes del órgano. No contiene el RESE un mandato de regulación en esta materia, ni sus disposiciones tienen carácter de mínimos, por lo tanto se autoriza a las SE¹⁶¹⁸ para que a través de la autonomía de la voluntad, expresada mediante las correspondientes disposiciones estatutarias, puedan fijar el quórum de la forma que tengan por conveniente (porcentajes inferiores a la mitad, distintos porcentajes en función de los acuerdos a adoptar, etc.), con la particularidad de que dichas disposiciones estatutarias, en virtud de la autorización conferida por el RESE, prevalecen incluso sobre lo establecido por la normativa nacional¹⁶¹⁹. Sólo en el supuesto de que los estatutos no hagan previsión al respecto¹⁶²⁰ será de aplicación lo previsto en el RESE, por lo que el órgano quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión la mitad de sus miembros presentes o debidamente representados¹⁶²¹.

El quórum de constitución se computará en el momento de constituirse el correspondiente órgano colegiado y en función de la composición del órgano de que se trate.

3. ADOPCIÓN DE ACUERDOS

El mismo régimen previsto en cuanto al quórum de constitución rige para las mayorías de adopción de acuerdos, primando la autonomía estatutaria salvo en los supuestos en que el propio RESE prevea otra cosa¹⁶²², por tanto, sólo a falta de previsión estatutaria regirá el principio supletorio establecido en el RESE¹⁶²³ en virtud del cual las decisiones se adoptarán por mayoría de los miembros presentes o representados. Ahora bien, no se precisa si la mayoría que se impone, a efectos de la adopción de acuerdos, debe entenderse como mayoría absoluta o relativa. En este sentido existen divergencias doctrinales al respecto. Algunos autores entienden que, en aras de la continuidad de la marcha de los asuntos sociales, debería optarse por la interpretación de dicha norma en el sentido de que la mayoría que exige tiene el carácter de relativa, aunque los estatutos podrán, en cualquier

¹⁶¹⁸ A tenor de lo previsto en el artículo 50.1 en relación con el artículo 9.1.b) del RESE. Según la jerarquía normativa establecida por el RESE, las SE se regirán en primer lugar, por lo dispuesto en dicho texto legal y, en segundo lugar, cuando el propio RESE así lo autorice expresamente, “por las disposiciones de los estatutos de la SE”.

¹⁶¹⁹ De acuerdo con lo comentado, el quórum establecido para las SE domiciliadas en España a través de las correspondientes disposiciones estatutarias, prevalecerá sobre lo dispuesto a estos efectos en el artículo 247.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 139 del TRLSA), que fija el quórum de constitución del Consejo de administración en la mayoría de sus miembros presentes o debidamente representados. Se aprecia una variación en cuanto a la redacción del artículo 247.2 que establece un quórum por mayoría de los componentes, puesto que el antiguo artículo 139 del TRLSA fijaba este quórum en la mitad más uno y por tanto en opinión de POLO SÁNCHEZ, E., “los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima”, ya cit., 440, cuando el número de administradores era impar, para alcanzar la proporción exigida nos veíamos obligados a un computo por exceso. Sin embargo, esta opinión no ha sido compartida por un gran sector doctrinal por considerar excesivamente formalista y literal tal interpretación. En todo caso, la actual Ley de Sociedades de Capital ha zanjado dicha cuestión, puesto que, establece como quórum de constitución el de la “mayoría de los vocales”. A falta de disposición estatutaria y si el RESE no determina otra cosa, el quórum de constitución será el determinado en el artículo 50.1.a) de dicho texto legal.

¹⁶²⁰ Como he indicado anteriormente, el artículo 50.1 del RESE no contiene un mandato de regulación, por tanto las SE podrán o no adoptar disposiciones sobre el quórum de sus órganos colegiados, si no hacen ninguna previsión será de aplicación lo establecido en el RESE.

¹⁶²¹ Destacar que el quórum que como derecho dispositivo y con carácter supletorio establece el RESE, es igualmente inferior al exigido a estos efectos, por el artículo 247.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 139 del TRLSA), para las sociedades anónimas nacionales.

¹⁶²² Así, p. ej., el artículo 37.8 del RESE permite que los Estados miembros condicionen la transformación a una votación favorable, por mayoría cualificada o por unanimidad, celebrada en el órgano de la sociedad que debe transformarse en el que esté organizada la participación de los trabajadores.

¹⁶²³ Concretamente en el artículo 50.1.b). No debemos olvidar que este artículo atribuye el predominio normativo a los estatutos sociales y, por tanto, dichas disposiciones estatutarias prevalecen incluso sobre lo establecido por la normativa nacional, por consiguiente, el quórum fijado por el RESE sólo será de aplicación con carácter supletorio cuando los estatutos no contengan previsión alguna.

caso, establecer el pertinente matiz sobre el particular¹⁶²⁴. Otros, sin embargo, consideran que la mayoría a la que se refiere el artículo 50.1.b) del RESE debe interpretarse como mayoría absoluta¹⁶²⁵, en el sentido de que el número de votos favorables a la propuesta de los miembros presentes o representados debe ser superior al de los votos en contra, las abstenciones, los votos en blanco y los nulos. Esta última interpretación parece ser la más adecuada, puesto que la regla que con carácter supletorio establece el RESE, para la toma de decisiones de los miembros de los órganos de la SE, hace referencia a “la mayoría de los miembros presentes o representados”, máxime si tenemos en cuenta que el propio RESE al referirse a las votaciones de la Junta general hace referencia a “los votos válidos emitidos”¹⁶²⁶ y aclara que “no se contarán entre los votos emitidos los correspondientes a las acciones cuyos poseedores no hayan participado en la votación o se hayan abstenido, hayan votado en blanco o hayan emitido un voto nulo”¹⁶²⁷. Mi opinión es coincidente con esta apreciación por los motivos indicados, que claramente se desprenden del diferente trato que el RESE dispensa a la adopción de acuerdos, en función de que los mismos pertenezcan a los órganos colegiados o a la Junta general de la SE.

Por último, y únicamente en relación con el órgano de control, el RESE¹⁶²⁸ contiene una norma especial para el caso de que la participación de los trabajadores esté organizada con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2001/86, en virtud de la cual se autoriza a los Estados miembros para que libremente puedan disponer que las reglas de quórum y mayoría de adopción de decisiones del órgano de control queden sujetas a las normas aplicables, en las mismas condiciones, a las sociedades anónimas constituidas con arreglo al Derecho del Estado miembro de que se trate.

¹⁶²⁴ AGUILÓ PIÑA, J. F., “La Sociedad Anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos”, ya cit., pág. 1873. En el mismo sentido QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico)”, ya cit., pág. 172, donde señala que la “mayoría de los miembros presentes o representados” equivale a mayoría relativa computada no sobre el total de miembros del órgano ni sobre votos emitidos sino precisamente sobre presentes.

¹⁶²⁵ CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., págs. 308 y 330; ESTEBAN VELASCO, G., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, ya cit., págs. 683.

Nuestra Ley de Sociedades de Capital, al regular la adopción de acuerdos del Consejo de administración, hace referencia a la “mayoría absoluta” de los consejeros concurrentes a la sesión (artículo 248.1 de la Ley de Sociedades de Capital; antiguo artículo 140.1 del TRLSA.).

¹⁶²⁶ Véase el artículo 57 del RESE. Tal y como recoge RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Junta general”, ya cit., págs. 795-796, “la mayoría exigida por el artículo 57 del RESE tiene, sin embargo, carácter supletorio, el propio precepto añade que esa mayoría se exigirá «salvo que el presente Reglamento o, en su defecto, la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio social de la SE requieran una mayoría más amplia». A la vista de este precepto, cabe apuntar la posibilidad de que el legislador comunitario, consciente de que la norma sirve a una mayor facilidad operativa de la Junta, haya querido dejar abierta la puerta a la aplicación de criterios que puedan estar vigentes en los ordenamientos de los Estados miembros y que permitan una mayor garantía de representatividad de los acuerdos. Es de lamentar, sin embargo, que, al establecer el carácter supletorio de la norma del artículo 57, el RESE haya renunciado a dictar disposiciones comunes en una materia, como es la de los acuerdos que resulta especialmente importante en la vida de una sociedad”.

¹⁶²⁷ En virtud de lo previsto en el artículo 58 del RESE la mayoría se computará sobre los votos válidos emitidos, ya que establece de modo imperativo la forma en que deben computarse los votos indicando que “no se contarán entre los votos emitidos los correspondientes a las acciones cuyos poseedores no hayan participado en la votación o se hayan abstenido, hayan votado en blanco o hayan emitido un voto nulo”, lo que implica que para calcular la mayoría en las Juntas de las SE no se tendrán en cuenta ni las abstenciones, ni los votos en blanco, ni los votos nulos, ni, por supuesto, los votos correspondientes a las acciones cuyos titulares no hayan asistido a la Junta. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Junta general”, ya cit., págs. 797-798.

¹⁶²⁸ A tenor de lo previsto en el artículo 50.3 del RESE en los supuestos en que la participación de los trabajadores esté organizada con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2001/86/CE, se quiebra la regla general de predominio de la autonomía estatutaria y se otorga al legislador nacional una autorización específica, con carácter dispositivo, que le permitirá estipular que las SE que se establezcan en su territorio se vean sometidas, en materia de quórums de constitución y toma de decisiones del órgano de control, a las normas que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales.

La Ley 19/2005 guarda silencio al respecto, por lo que el régimen aplicable será el dispuesto en los estatutos y en las normas dispositivas citadas.

A pesar de que el RESE sólo hace referencia a la autorización de regulación a los Estados miembros en el caso de organizar la participación de los trabajadores en el Consejo de vigilancia y guarda silencio en cuanto al Consejo de administración, teniendo en cuenta que el citado texto legal admite la cogestión en ambos sistemas de administración, parece que en este caso tiene sentido la aplicación analógica de lo previsto en el RESE¹⁶²⁹.

4. VOTO DE CALIDAD DEL PRESIDENTE

A diferencia de anteriores proyectos¹⁶³⁰, el RESE (al igual que el Proyecto de 1991)¹⁶³¹ sólo se ocupa de la figura del Presidente de los órganos en las normas comunes, por referencia al voto de calidad en caso de empate en las deliberaciones de los órganos.

En principio, la regulación del voto de calidad del Presidente, de cualquiera de los órganos, se regirá por las disposiciones estatutarias. Ahora bien, dado que no existe mandato de regulación estatutaria, en el supuesto de que los estatutos de una SE guarden silencio, serán de aplicación las previsiones contenidas en el RESE que otorgan al Presidente de cada órgano el voto de calidad en caso de empate¹⁶³².

Pero existe una limitación a la autonomía estatutaria en relación con el órgano de control. En el supuesto de que la mitad del órgano de control este compuesto por representantes de los trabajadores, se impone como obligatorio el voto de calidad del Presidente, sin que los estatutos puedan efectuar disposición alguna en contra¹⁶³³.

A pesar de que el RESE no hace referencia al voto dirimente del Presidente en los casos de cogestión paritaria en el órgano de administración del sistema monista, entiendo que por analogía se aplicará la misma solución si se da el supuesto previsto¹⁶³⁴.

¹⁶²⁹ Esto es, de lo previsto en el artículo 50.3. Véase ESTEBAN VELASCO, G., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, ya cit., págs. 683-684.

¹⁶³⁰ En los Proyectos de 1970 y 1975, el artículo 76.2 hacía referencia al Presidente del órgano de control al ocuparse del tema de la convocatoria de las reuniones de dicho órgano y también, el artículo 77.6, al referirse a las actas de la sesión, estableciendo que “los acuerdos del Consejo de vigilancia serán consignados en un acta firmada por su Presidente...”.

¹⁶³¹ En efecto, el artículo 76.3 bis del Proyecto de 1991 establecía, con carácter imperativo, que en caso de empate el voto del Presidente de cada órgano era decisorio. El actual artículo 50.2 del RESE establece que sólo a falta de disposición estatutaria o en el supuesto de que la mitad del órgano de control esté compuesto por representantes de los trabajadores, el Presidente tendrá el voto de calidad.

¹⁶³² Según dispone el artículo 50.2 del RESE. Este artículo otorga el predominio normativo a los estatutos sociales, pero a falta de disposición estatutaria al respecto, establece que el Presidente de cada órgano tendrá el voto de calidad en caso de empate.

¹⁶³³ El contenido del artículo 50.2 (segunda frase), en cuanto a la obligatoriedad de admitir el voto dirimente del Presidente, debe de ponerse en relación con el artículo 42 del RESE que establece que el cargo de Presidente del órgano de control debe de recaer en un miembro designado por la Junta general de accionistas en los casos en que la mitad de los miembros de dicho órgano hayan sido designados por los trabajadores. Con estas medidas trata de salvaguardarse el predominio de los representantes del capital frente al de los trabajadores.

¹⁶³⁴ En este mismo sentido se pronuncia HERNANDO CEBRIÁ, L., “Aspectos sustantivos de la conformación estatutaria de la Sociedad Europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 1833 y opina que el hecho de que esta solución se contemple únicamente para el supuesto de participación paritaria de los trabajadores en el órgano de control puede “ser debido a una desarmonía en la traslación de soluciones de inserción de los trabajadores de sistemas de Derecho comparado a las estructuras del sistema monista de gestión, la cual causa una laguna legal que debe ser integrada con las soluciones del sistema dualista”.

VI. LOS DEBERES DE LOS MIEMBROS DE LOS ÓRGANOS. EL DEBER DE SECRETO

A lo largo de su articulado el RESE no hace mención a los deberes de los miembros de los diversos órganos en el ejercicio de sus cargos. No contiene mención alguna a deberes como la diligencia, fidelidad, lealtad¹⁶³⁵, transparencia, en los que han puesto tanto énfasis las recomendaciones de buen gobierno. Excepcionalmente, en la sección 3, destinada a las normas comunes que son de aplicación a ambos sistemas de administración (monista y dual), se hace referencia expresa al deber de secreto que alcanza a los miembros de cualquiera de los órganos aún cuando hayan cesado en sus funciones, imponiéndoles la obligación de no divulgar informaciones que pudieran resultar perjudiciales para la SE, con dos excepciones: cuando dicha divulgación sea exigida o esté permitida por las disposiciones de Derecho nacional aplicables a las sociedades anónimas¹⁶³⁶ o en los supuestos en que medie interés público.

Los Proyectos de 1970, 1975 y 1989, contenían referencias a los deberes de lealtad¹⁶³⁷, diligencia¹⁶³⁸ y secreto¹⁶³⁹, el de 1991 sólo hacía referencia a los deberes de

¹⁶³⁵ Teniendo en cuenta la ausencia de regulación de estos deberes, tanto en el RESE, como en la Ley 19/2005 sobre la SE domiciliada en España, será de aplicación a las SE que decidan establecerse en nuestro territorio el régimen general aplicable a las sociedades anónimas nacionales, así viene a confirmarse por la remisión que el artículo 490 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 335 del TRLSA) efectúa al régimen de responsabilidad de los administradores de nuestras sociedades anónimas, máxime teniendo en cuenta el régimen de responsabilidad contenido en el artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 133.1 del TRLSA) que incluye el resarcimiento de los daños que se deriven por incumplimiento de “los deberes inherentes al desempeño del cargo”. Véase SÁNCHEZ RUIZ, M., “Conflictos de intereses entre una Sociedad Anónima Europea y sus administradores”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLÓ, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), pág. 446.

¹⁶³⁶ Véase, al respecto, QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 730, donde hace notar que el hecho de que los miembros de los órganos de la SE puedan divulgar informaciones, en los casos en que la Ley nacional lo permita, puede generar asimetrías, no sólo entre los miembros de los mismos órganos de las SE en distintos países miembros con paradójicas consecuencias, sino también y con negativos efectos para el proclamado principio de igualdad entre los miembros de los órganos de la SE y los de los órganos equivalentes de las sociedades anónimas nacionales, que pueden estar obligados con distinto alcance. De modo que, a la vista de la estructura del precepto, podría ocurrir que un administrador de una SE deba o pueda divulgar cierta información en un país y no en otro, o divulgar información que un administrador de una sociedad anónima nacional no podría divulgar, o viceversa. Lo que no es recomendable cuando se trata de un asunto tan sensible como es el de la circulación de la información en una economía abierta y competitiva, donde debe buscarse un equilibrio exquisito entre la necesidad de transparencia por interés general del mercado y la conveniencia de protección por interés particular de la sociedad.

En relación con nuestras sociedades anónimas nacionales FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de las sociedades anónimas y limitadas*. Estudios de Derecho Mercantil, número 50, Civitas, Madrid, 2001, pág. 162, indica que “en ciertas ocasiones nuestro ordenamiento jurídico obliga al órgano de administración a desvelar a determinados sujetos un conjunto de datos e informaciones sociales con la particularidad de que dicha revelación, cuando es realizada con arreglo a lo establecido en la norma, no puede considerarse como una infracción al deber de secreto”.

¹⁶³⁷ Véase el artículo 69.3 y 4 de los Proyectos de 1970 y 1975, en relación con los miembros del órgano de dirección y el artículo 79.2 y 3 de los Proyectos de 1970 y 1975, en relación con los miembros del órgano de control; así como el artículo 73 del Proyecto de 1989 en relación con los miembros de los órganos de ambos sistemas.

¹⁶³⁸ Véase el artículo 70.1 del Proyecto de 1970 y el artículo 70 párrafo primero del Proyecto de 1975, por lo que respecta a los miembros del órgano de dirección y el artículo 80.1 de los Proyectos de 1970 y 1975, por lo que respecta a los miembros del órgano de control; así como el artículo 74.2 de los Proyectos de 1989 y 1991, por lo que respecta a los miembros de los órganos de ambos sistemas.

¹⁶³⁹ Véase el artículo 70.2 y 70, párrafo segundo, respectivamente, de los Proyectos de 1970 y 1975, para los miembros del órgano de dirección, el artículo 80.2 de los Proyectos de 1970 y 1975, para los miembros del órgano de control; así como el artículo 74.3 de los Proyectos de 1989 y 1991, para los miembros

diligencia y secreto. No obstante, en esta materia y a pesar de que el RESE sólo hace referencia al deber de secreto¹⁶⁴⁰, deberemos de tener en cuenta lo previsto en la legislación nacional del domicilio de la SE, en cuanto a otros deberes de carácter fundamental que deben ser observados por los miembros de los diversos órganos de la SE¹⁶⁴¹, según lo dispuesto en el sistema de fuentes de dicho texto legal¹⁶⁴².

En la legislación española se venían recogiendo los deberes de diligencia¹⁶⁴³, lealtad¹⁶⁴⁴, fidelidad¹⁶⁴⁵ y secreto¹⁶⁴⁶ de los administradores. En efecto, tras la reforma de

de los órganos de ambos sistemas. El deber de secreto alcanzaba en los Proyectos de 1970 y 1975, incluso a las informaciones relativas a las sociedades dependientes; sin embargo, los Proyectos de 1989 y 1991 no hacían referencia a las sociedades dependientes.

¹⁶⁴⁰ En efecto, el artículo 49 es el único artículo del RESE que hace referencia a los deberes de los miembros de los órganos y solamente recoge el deber de secreto, al que se refiere como “obligación a no divulgar”.

¹⁶⁴¹ Por tanto, para la SE que decidan establecerse en España será de aplicación lo dispuesto en los artículos 225 a 232 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 127 a 127 quáter del TRLSA). Aunque, habrá que hacer las adaptaciones que sean necesarias para su aplicación al Consejo de control.

¹⁶⁴² Véase el artículo 9.1.c) ii) del RESE. Por tanto, para las SE que decidan establecerse en España, al ser esta una materia regulada sólo en parte, puesto que el RESE únicamente hace referencia al deber de secreto, habrá que estar en primer lugar, a lo dispuesto específicamente por nuestro legislador para las SE y al no contener la Ley 19/2005 ninguna mención a los deberes de los miembros de los órganos, deberemos de acudir en segundo lugar, a las disposiciones que son de aplicación a los administradores de nuestras sociedades anónimas nacionales (artículos 225 a 232 de la Ley de Sociedades de Capital; antiguos artículos 127 a 127 quáter del TRLSA).

¹⁶⁴³ Dicho deber se recoge en el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 127.1 del TRLSA; artículo que fue redactado de acuerdo con el artículo segundo, cuatro, de la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modificaban la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el TRLSA, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de la sociedades anónimas cotizadas). Realmente, este deber general se caracteriza porque no se exige una determinada conducta, sino que los administradores desempeñen el cargo cumpliendo con el comportamiento exigible según un modelo determinado de conducta, esto es “con la diligencia de un ordenado empresario”; esta cláusula general de conducta deberá de ser valorada en cada supuesto concreto, para lo cual habrá que tener en cuenta, tanto la estructura del órgano administrativo, como las circunstancias de la actividad a desarrollar en función del objeto social, tomando en consideración los problemas técnicos con los que el administrador se puede encontrar en función de dichas circunstancias. Comprende el deber de desempeñar el cargo, “los administradores desempeñaran el cargo...”; el deber de informarse, este deber recogido en el artículo 225.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 127.2 del TRLSA) es una manifestación más del deber de diligencia, los administradores deberán informarse sobre la marcha de la sociedad para de esta forma tomar decisiones fundadas y racionales (en cuanto a este deber de información para las SE, hay que tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 41 del RESE relativo a las informaciones que debe de facilitar el órgano de dirección, así como a las facultades que competen, al órgano de control, sobre las informaciones y comprobaciones necesarias en el desempeño de sus funciones); el deber de que las decisiones se adopten con imparcialidad, en defensa del interés social y con la prudencia exigible en función de las circunstancias y siempre con la suficiente información previa antes de su adopción. El informe *Winter* señaló en relación con los consejeros no ejecutivos que una de sus funciones era poder desempeñar un control directo sobre la gestión social, para lo cual todos debían tener una información adecuada, lo que implica que no es suficiente una actitud pasiva de recibir aquella que les sea suministrada, sino el deber de investigar y conocer el alcance completo de los temas que han de ser tratados en el Consejo. Véase ORIOL LLEBOT, J., “Deberes y responsabilidad de los administradores”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 25-30; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 166-176; MUÑOZ PAREDES, J. M., *La información de los consejeros en la sociedad anónima*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 28 y ss. Por su parte, el Informe Aldama indica en el apartado IV, punto 2 que “el Consejo y las personas que lo forman deberán contar con la información necesaria para el mejor y más eficaz ejercicio de sus funciones, siendo responsabilidad suya identificarla y solicitarla. A tal efecto, todo consejero tendrá derecho a disponer y recabar, en su caso, tal información, dirigiendo sus requerimientos en ese sentido, salvo diversa determinación estatutaria o reglamentaria al Secretario del Consejo, y a dejar constancia en el acta de las insuficiencias que aprecien en el cumplimiento de su requerimiento de información”. El informe Aldama puede consultarse en: http://www.cnmv.es/Portal_Documentos/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF.

En cuanto a las SE domiciliadas en España debo apuntar que el RESE, en su artículo 41, regula una serie de informaciones que deben de suministrarse por parte del órgano de dirección al órgano de control e

igualmente, el apartado 3 de dicho artículo recoge el derecho del órgano de control de solicitar al órgano de dirección cuanta información precise para el desarrollo de sus funciones de vigilancia y control, pero además se faculta a los Estados miembros para establecer que todos los miembros del órgano de control, a título individual, puedan beneficiarse de dicha facultad; pues bien, dado que nuestro legislador no ha hecho uso de esta concreta autorización, deberemos de tener en cuenta que, para las SE que decidan establecerse en España, el Consejo de control será el único facultado para la solicitud de información al órgano de dirección.

¹⁶⁴⁴ Al deber de lealtad se refieren los artículos 226, 227, 228, 229, 230 y 231 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 127.1. *in fine* y 127 ter del TRLSA; artículos que fueron introducidos de acuerdo con el artículo segundo, cinco, de la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el TRLSA, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de la sociedades anónimas cotizadas). Al igual que el deber de diligencia contiene un modelo general de referencia, esto es, la conducta del representante leal (artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 127.1. *in fine* del TRLSA–). Se está haciendo referencia a las conductas que deben observar los administradores en los supuestos de conflicto entre el interés social y el propio, evitando que puedan obtener beneficios o ventajas a costa de la sociedad. En este sentido cabe apuntar: la prohibición de utilizar su posición en relación con la utilización del nombre de la sociedad o la invocación a su condición de administrador (artículo 227 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 127 ter 1 del TRLSA–), con esta norma lo que se pretende es que el administrador no use o se ampare en el nombre de la sociedad o alegue su condición de consejero para sus propios negocios; la prohibición de aprovechar en su propio beneficio o en el de las personas a él vinculadas las operaciones de negocio o inversiones de las que tenga conocimiento precisamente por su condición de administrador, cuando la inversión u operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviere interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador (228 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 127 ter 2 del TRLSA–); esta prohibición tiene un carácter relativo, puesto que se establece una salvedad «siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador»; la prohibición de intervenir en decisiones relativas a operaciones en las que pueda darse un conflicto de intereses (229.1 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 127 ter 3 del TRLSA–); la prohibición de entrar en competencia con la sociedad (230 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 127 ter 4, *in fine* del TRLSA). Igualmente, y a los efectos de la debida observancia del deber de lealtad, el artículo 231 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 127 ter 5 del TRLSA–) contiene una relación de las personas que se consideran vinculadas a los administradores. También afecta a los administradores, como un deber de carácter instrumental, la obligación de comunicar cualquier situación de conflicto directo o indirecto que pueda tener con el interés de la sociedad y en especial, la participación directa o indirecta que, tanto ellos como las personas vinculadas, tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, y comunicarán igualmente los cargos o las funciones que en ella ejerzan. Con este deber se está persiguiendo que la sociedad esté debidamente informada de estas situaciones de conflictos de intereses que serán objeto de información en la memoria (artículo 229 2 y 3 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 127 ter 3. del TRLSA–) Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 176-196. En cuanto a la posible dispensa, ratificación y autorización sobre actividades sujetas al deber de lealtad, puede consultarse ORIOL LLEBOT, J., “Deberes y responsabilidad de los administradores”, ya cit., págs. 40-43.

En relación con los principales conflictos de intereses entre una SE y sus administradores puede consultarse SÁNCHEZ RUIZ, M., “Conflictos de intereses entre una Sociedad Anónima Europea y sus administradores”, ya cit., págs. 447-462. Cabe destacar la referencia que esta autora hace al artículo 48 del RESE señalando la especial importancia que puede tener “la ausencia de las operaciones en conflicto de intereses de la enumeración estatutaria de una determinada SE”, considera que “en tal caso parece que, conforme al sistema de fuentes del artículo 9 del RESE, debería entenderse excluida la vigencia para dicha SE del Derecho de sociedades anónimas del Estado donde tenga su domicilio social. De este modo, los administradores de la SE podrían celebrar contratos en conflicto de intereses con su sociedad sin necesidad de autorización del órgano de vigilancia o de administración por no estar incluida esta categoría de operaciones en sus estatutos, incluso aunque en el Derecho del Estado de su domicilio sí se exija tan autorización a las sociedades anónimas internas”; añade, sin embargo, “que para corregir posibles disfunciones en este sentido, el Reglamento ha establecido dos medidas correctoras. Los Estados miembros, en primer lugar, podrán disponer que el propio órgano de control, en el sistema dual, pueda someter a su autorización determinadas categorías de operaciones...El artículo 48.2 RESE faculta a los Estados, en segundo lugar, para que determinen directamente las categorías de operaciones que, como mínimo, deban figurar en los estatutos de las SE registradas en su territorio”. SÁNCHEZ RUIZ, M., “Conflictos de intereses entre una Sociedad Anónima Europea y sus administradores”, ya cit., págs. 460-461.

¹⁶⁴⁵ El deber de fidelidad se recoge en el artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 127 bis del TRLSA; artículo que fue introducido de acuerdo con el artículo segundo, cinco, de la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modificaban la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el

nuestra Ley de Sociedades Anónimas por la Ley 26/2003, de 17 de julio (la denominada Ley de “transparencia”), puede afirmarse que el régimen de responsabilidad civil de administrador se asienta sobre dos principios: a) un principio de moralización y de control preventivo de la actividad de administración societaria según sujeción de la conducta del administrador a pautas básicas y objetivas de ordenación, y b) un principio de reforzamiento de la posición jurídica del perjudicado. Se persigue así instaurar un modelo social de regulación de la responsabilidad civil del administrador dada la trascendencia social de esta actividad en el contexto de un sistema económico de mercado¹⁶⁴⁷.

La reciente Ley de Sociedades de Capital solamente hace referencia a los deberes de diligencia, lealtad y secreto, poniendo fin a la diferenciación entre el deber de fidelidad y lealtad, diferenciación que, por otro lado, no era fácil de justificar, ya que de la redacción contenida en el TRLSA resultaba que el deber de lealtad era realmente una manifestación del deber de fidelidad, puesto que, obviamente, a mi juicio, el hecho de que, en términos generales, un administrador no deba obtener beneficios por el ejercicio de su cargo no deja de ser una obligación que debe considerarse implícita en el deber de fidelidad que le venía impuesto por referencia al interés social. Por consiguiente, el deber de fidelidad contenía una cláusula general de comportamiento, por referencia al interés social, y el denominado deber de lealtad lo que hacía era establecer una relación de los casos más frecuentes de

TRLSA, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de la sociedades anónimas cotizadas). Este deber establece una “cláusula general” del comportamiento de los administradores por referencia al interés social, en consecuencia deberán desempeñar su cargo en defensa del interés social y cumpliendo con los deberes impuestos por las leyes y los estatutos; también deberán de tener en cuenta cualesquiera otras obligaciones que les vengan impuestas por los reglamentos internos de funcionamiento, por el contrato de administración celebrado con la sociedad, por los códigos de conducta a los que la sociedad haya decidido someterse, por los acuerdos adoptados por la Junta general. Tal y como recoge MAMBRILLA RIVERA, V., “Fidelidad y lealtad como deberes generales de los administradores de las sociedades anónimas”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, pág. 213: “...mientras el deber de fidelidad, establecido en el artículo 127 bis conformaría una “cláusula general” de comportamiento para los administradores que les obliga a tomar en consideración, en el ejercicio de sus funciones, única y exclusivamente, el interés social; por su parte, el denominado deber de lealtad que el legislador español incorpora al artículo 127 ter no vendría a establecer nada más que una relación ejemplificativa o *numerus apertus* de los casos más frecuentes de infracción del deber de fidelidad” (actualmente, los citados casos, se recogen en los artículos 227 a 231 de la Ley de Sociedades de Capital). Realmente es difícil diferenciar los deberes de fidelidad y lealtad y opino que ambos deberes pueden considerarse como manifestaciones de la conducta exigible en defensa del interés social (la reciente Ley de Sociedades de Capital sólo hace referencia al deber de lealtad y recoge los contenidos que en el TRLSA tenían los denominados deberes de fidelidad y lealtad). En este sentido SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 176, afirma: “La distinción entre unos y otros no está nada clara. Es más, ha venido siendo frecuente el uso indistinto de ambos términos para tratar los mismos deberes”.

¹⁶⁴⁶ De este deber se ocupa el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 127 quáter del TRLSA; artículo que fue introducido de acuerdo con el artículo segundo, cinco, de la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modificaban la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el TRLSA, transparencia de la sociedades anónimas cotizadas). Se establece un deber específico «el deber de secreto» y, precisamente, éste es el único deber al que el RESE hace referencia expresa en la sección 3 dedicada a las normas comunes a ambos sistemas de administración.

¹⁶⁴⁷ ALONSO ESPINOSA, F. J., “La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores”, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 71, más adelante en la pág., 72, añade que “el espíritu y finalidad de las normas en esta materia, contenido y derivado en gran medida en los Informes de las Comisiones Olivencia (1998) y Aldama (2003), tiene como contenido esencial la consideración del cargo de administrador como profesional por cuenta ajena de una actividad de riesgo patrimonial de repercusión social –la actividad empresarial– cuyo ejercicio exige, por ello, el ajuste a ciertas pautas básicas de formación y corrección objetivas (diligencia y lealtad) dada su trascendencia socio-económica y su susceptibilidad de producir consecuencias lesivas de difícil control *a priori* en los diferentes sectores de intereses legítimos afectados por su actuación”.

infracción del deber de fidelidad. Lo cierto es que el diccionario de la Real Academia Española define la fidelidad como “lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona” y el término lealtad como “cumplimiento de lo que exigen las leyes de fidelidad”.

Además, la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la SE domiciliada en España, contiene algunas disposiciones relativas a ciertos deberes de los miembros del Consejo de control que paso seguidamente a detallar:

- La disposición adicional tercera declara aplicable a los miembros del Consejo de control de una SE domiciliada en España que hayan optado por el sistema dual, lo referente al procedimiento de solicitud pública de representación contenido en nuestra Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital)¹⁶⁴⁸.
- La disposición adicional cuarta introduce modificaciones en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Mediante la inserción de un nuevo apartado (apartado 4) en el artículo 114, declara de aplicación a los miembros del Consejo de control de una SE domiciliada en España que haya optado por el sistema dual, lo dispuesto en dicho artículo. La actual Ley de Sociedades de Capital ha derogado en parte el artículo 114¹⁶⁴⁹ de la Ley de Mercado de Valores, no obstante, recoge el contenido de esta disposición adicional cuarta en el artículo 514.3 del Capítulo VI del Título XIV dedicado a las sociedades anónimas cotizadas. Después de la modificación operada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, este artículo ha pasado a ser el artículo 526 de la Ley de Sociedades de Capital¹⁶⁵⁰.

¹⁶⁴⁸ La solicitud pública de representación en las sociedades anónimas se regula en el artículo 186.4 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 107.4 del TRLSA). La disposición adicional tercera de la Ley 19/2005, mediante la adición de un nuevo apartado (apartado 4) al artículo 107 hizo extensible a los miembros del Consejo de control de las SE, en los supuestos de solicitud de pública representación (esto es cuando una misma persona ostente la representación de más de tres accionistas, según recoge el artículo 186.3 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 107.3 del TRLSA–), lo preceptuado en dicho artículo, según el cual, se impone determinadas reglas en relación a la solicitud por los administradores de la sociedad de la representación para sí o para otro sujeto. En estos casos, nuestra Ley de Sociedades de Capital (antigua Ley de Sociedades Anónimas) determina el contenido del documento donde conste el poder, estableciendo que deberá de llevar anejo el orden del día, así como la solicitud de instrucciones para el ejercicio del derecho de voto y la indicación del sentido en que votará el representante en caso de que no se impartan instrucciones precisas. Por excepción se permite que el representante vote en sentido distinto cuando se presenten circunstancias ignoradas en el momento del envío de las instrucciones y se corra el riesgo de perjudicar los intereses del representado. En este caso, el representante deberá informar inmediatamente al representado por medio de escrito en el que explique las razones del voto.

¹⁶⁴⁹ Con excepción de los apartados 2 y 3. El apartado 2 establece, respecto a las sociedades cotizadas, la obligación de hacer constar en la memoria de la sociedad, las operaciones de los administradores o personas que actúen por cuenta de éstos realizadas en el ejercicio social al que hagan referencia las cuentas anuales, efectuadas bien con la propia sociedad, o bien con una sociedad del mismo grupo cuando dichas operaciones sean ajenas al tráfico de la sociedad o no se realicen en condiciones normales de mercado. El apartado 3 hace referencia a la obligación que tienen los administradores de las sociedades cotizadas de abstenerse de hacer operaciones o, en su caso, de sugerir a otras personas que las hagan sobre valores de la propia sociedad, sociedades filiales, asociadas, vinculadas, cuando por razón de su cargo disponga de información privilegiada o reservada, en tanto que dicha información no sea de conocimiento público. Por consiguiente, estas obligaciones se hacen extensivas a los miembros del Consejo de control. A posteriori, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible ha procedido, mediante la disposición final quinta, apartado veintiocho, a derogar los apartados 2 y 3 del artículo 114. El contenido normativo del apartado 2 del artículo 114 queda recogido en el nuevo párrafo añadido al artículo 35.1, a tenor de lo dispuesto en el apartado dos de la disposición final quinta de la Ley 2/2011. Por lo que respecta al apartado 3 del citado artículo 114 se deroga por resultar redundante con el régimen de prohibición de utilización de información privilegiada a que hace referencia el artículo 81.2 de la Ley de Mercado de Valores, al que se añade un nuevo párrafo donde expresamente se recoge que “las prohibiciones establecidas en este apartado se aplican también a los administradores y a los miembros del Consejo de control de una sociedad anónima europea domiciliada en España que haya optado por el sistema dual...”.

¹⁶⁵⁰ En consecuencia, en el caso de que los miembros del Consejo de control de una SE cotizada u otra persona por cuenta e interés de cualquiera de ellos, hubieran formulados solicitud pública de

- También la disposición adicional cuarta, mediante la adición de un nuevo apartado (apartado 6) al artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores (relativo al informe anual de gobierno corporativo), establece que “cuando la sociedad cotizada sea una SE domiciliada en España que haya optado por el sistema dual, junto al informe anual de gobierno corporativo elaborado por la Dirección, se acompañará un informe elaborado por el Consejo de control sobre el ejercicio de sus funciones”¹⁶⁵¹.

Además de los deberes de carácter general (deberes de diligencia, lealtad), de los específicos de secreto y abstención, consistente, éste último, en la obligación que tienen los administradores de abstenerse en la votación sobre asuntos en los que se dé una situación conflictual de intereses con la sociedad y, los que son de aplicación a los miembros de los órganos de las sociedades cotizadas, que incumbirán a los miembros de los respectivos órganos en el desempeño de sus funciones, los miembros de los órganos de dirección, control o administración, pueden quedar obligados al cumplimiento de otros deberes que vengan determinados por ley o por disposición estatutaria y cuya enumeración no puede establecerse con carácter general, no obstante, cabe hacer referencia a los deberes que están obligados a cumplir frente a los socios individualmente, como son los relativos a facilitar a los socios los derechos de ejercicio de asistencia y voto en las juntas, el deber de información, el de pago de los dividendos acordados; a otros deberes que los administradores deben de cumplir frente a la sociedad como son el deber de exigir los dividendos pasivos, el deber de enajenar las acciones propias adquiridas irregularmente, el

representación, el miembro que la obtenga no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a las acciones representadas en aquellos puntos del orden del día en los que se encuentren en conflicto de intereses y, en todo caso, respecto de las siguientes decisiones: a) Su nombramiento o ratificación como miembro del Consejo de control; b) Su destitución, separación o cese como miembro del Consejo de control; c) El ejercicio de la acción social de responsabilidad dirigida contra él; y d) La aprobación o ratificación, cuando proceda, de operaciones de la sociedad con el miembro del Consejo de control de que se trate, sociedades controladas por él o a las que represente o personas que actúen por su cuenta.

Además, a tenor de lo dispuesto en el artículo 114.2 de la Ley de Mercado de Valores (concretamente la Ley de Sociedades de Capital mantuvo en vigor éste apartado), en la memoria de la SE deberá informarse sobre las operaciones de los miembros del Consejo de control (o persona que actúe por cuenta de éstos) realizadas durante el ejercicio social al que se refieran las cuentas anuales con la propia sociedad cotizada o con una sociedad del mismo grupo, cuando las operaciones sean ajenas al tráfico ordinario de la sociedad o que no se realicen en condiciones normales de mercado. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible ha procedido, mediante la disposición final quinta, apartado veintiocho, a derogar este apartado y su contenido normativo ha quedado recogido en el nuevo párrafo añadido al artículo 35.1 de la Ley de Mercado de Valores.

Por último, a tenor de lo previsto en el artículo 114.3 de la Ley de Mercado de Valores (la Ley de Sociedades de Capital también mantuvo en vigor éste apartado), los miembros del Consejo de control deberán abstenerse de realizar (o de sugerir su realización a cualquier persona) una operación sobre valores de la propia sociedad o de las sociedades filiales, asociadas o vinculadas sobre las que disponga, por razón de su cargo, de información privilegiada o reservada, en tanto esa información no se dé a conocer públicamente. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible ha procedido, mediante la disposición final quinta, apartado veintiocho, a derogar éste apartado por resultar redundante y su contenido ha quedado recogido en el artículo 81.2 de la Ley de Mercado de Valores.

¹⁶⁵¹ Este documento que, junto con el elaborado por la Dirección, constituirá el informe anual de gobierno corporativo de la SE deberá de contener como mínimo, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 116.4 de la Ley de Mercado de Valores, una explicación detallada sobre la estructura y funcionamiento del Consejo de control en la práctica y sobre todas las actividades de control realizadas, en especial las operaciones de gestión de la Dirección autorizadas. Véase CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., pág. 335.

El artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores ha sido derogado por la disposición final quinta, apartado veintinueve, de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, publicada en el BOE número 55 el día 5 de marzo de 2011 y que entró en vigor, a tenor de lo dispuesto en la disposición final sexagésima, al día siguiente de su publicación, es decir, el 6 de marzo de 2011. Su contenido ha quedado recogido en el artículo 61 bis del nuevo Capítulo VI, añadido por la mencionada Ley 2/2011 al Título IV de la Ley de Mercado de Valores.

deber de convocar la Junta general, el deber de formular las cuentas anuales; a los deberes frente a terceros, como son el deber de prestar las garantías acordadas, el de prestar su concurso para la práctica de las operaciones de liquidación, los de convocatoria de junta en los supuestos de disolución, el de solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando no se celebre la junta o haya sido contraria al acuerdo de disolución¹⁶⁵².

El incumplimiento de los deberes, que son inherentes en el desempeño del cargo, puede acarrear, para los miembros de los órganos, sanciones de todo tipo, ya sean de naturaleza civil o mercantil, o incluso penal¹⁶⁵³ o administrativa¹⁶⁵⁴.

Volviendo al deber de secreto, único deber contemplado expresamente por el RESE, vemos que la norma comunitaria configura la obligación de secreto como una obligación de “no divulgar”, mientras que la legislación española usa el término “guardar secreto”. En definitiva lo que se pretende, cualquiera que sea la terminología usada, es que determinadas informaciones que revisten un carácter especial por su contenido y efectos (información confidencial cuya divulgación podría resultar perjudicial), no se comuniquen a título particular o sean divulgadas públicamente, dejando a salvo las excepciones que el propio RESE recoge. Ambos términos implican la obligación de no transmisión, tanto de forma general (divulgación pública), como particular (comunicación a personas concretas).

A tenor de lo previsto en el RESE todos los miembros de todos los órganos de todas las SE, con independencia del Estado miembro del domicilio, están obligados a no divulgar informaciones que pudieran resultar perjudiciales para la SE, pero podrán hacerlo en los casos en que la Ley nacional lo permita. Los obligados a “no divulgar” son “los miembros de los órganos de una SE”, todos y sin distinción y en un mismo nivel de exigencia, puede decirse que éste es el alcance comunitario de la norma, pero por otro lado, el propio RESE ha sometido el tema de las excepciones a los Derechos nacionales y es en este ámbito donde podemos encontrar disparidades en cuanto a las exigencias concretas que implica el deber en cada Estado miembro. En consecuencia, habrá que coordinar ambos aspectos con el fin de evitar que las excepciones nacionales vacíen de contenido lo que el RESE ha querido configurar como un deber directamente comunitario colocado en un plano superior al de las disposiciones nacionales y de aplicación prioritaria en caso de colisión con éstas¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁵² ORIOL LLEBOT, J., “Deberes y responsabilidad de los administradores”, ya cit., págs. 47-49; véase, también, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 164-165; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 101-103.

¹⁶⁵³ Lo cierto es que el artículo 295 del Código Penal viene a tipificar el delito de administración desleal en el ámbito societario. Tal y como señala PUEYO RODERO, J. A., “Aproximación al delito societario de administración desleal”, *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pág. 496, “en rigor la administración desleal, también llamada abusiva o fraudulenta, no supone una nueva forma de delincuencia, aunque, quizá, la evolución de la economía nacional e internacional, con la proliferación de grandes grupos de sociedades y la subsiguiente concentración de poder en sus administradores con elevadas posibilidades de extralimitación en su ejercicio, haya propiciado un incremento de este tipo de comportamientos”. Más adelante añade que “la finalidad o «ratio legis» del precepto cabe situarla en ofrecer un tratamiento punitivo específico a la gestión desleal de patrimonios ajenos, que por incardinada en el ámbito societario pretende, de modo derivado asegurar el correcto funcionamiento de la sociedad y de su gestión y administración”. También, nuestro Código Penal se ocupa de las informaciones confidenciales de la sociedad y preceptúa en el artículo 279 que “la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Si el secreto se utilizare en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior”.

¹⁶⁵⁴ En cuanto al sistema de sanciones por incumplimiento de deberes, véase ORIOL LLEBOT, J., “Deberes y responsabilidad de los administradores”, ya cit., págs. 49-52.

¹⁶⁵⁵ QUIJANO GONZÁLEZ, J. “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., págs. 730-731.

La obligación de “no divulgar”, como ya he dicho con anterioridad, afecta en el ámbito subjetivo a todos los miembros de todos los órganos de la SE, tanto del sistema dual, como monista sin distinción. Cuando se designe a una persona jurídica como miembro de uno de los órganos, la obligación alcanzará en primer término, al representante persona física en las mismas condiciones en que recae sobre los demás miembros, pero con la salvedad de que el deber de secreto no afectará a las relaciones internas entre representante y representado, pues es obligación de la persona física (representante) informar sin límite a la persona jurídica (representado), por tanto, y en segundo término, el deber de secreto alcanzará también a los miembros del órgano de la persona jurídica que sean receptores de la información, puesto que son los representantes legales de la persona jurídica miembro que vendrá obligada a guardar secreto en virtud de lo dispuesto sobre esta materia en el RESE¹⁶⁵⁶.

En el ámbito objetivo, esto es la materia sobre la que recae la obligación de no divulgar o de guardar secreto, el RESE hace referencia a las informaciones de que dispongan los miembros de los órganos cuya divulgación pudiera tener consecuencias perjudiciales para los intereses de la sociedad. Nuestra Ley de Sociedades de Capital hace referencia a informaciones de carácter confidencial (datos, informes, antecedentes) que los administradores conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo y cuya divulgación pueda tener consecuencias perjudiciales para el interés social¹⁶⁵⁷.

La fórmula recogida por el RESE no hace distinción en cuanto al carácter u origen de la información, hace referencia a toda la información de la que dispongan los miembros

¹⁶⁵⁶ En efecto, el artículo 232.3 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 127 quáter 2 del TRLSA) prevé: “cuando el administrador sea persona jurídica, el deber de secreto recaerá sobre el representante de ésta, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación que tengan de informar a aquélla”. En este sentido PRADA GONZÁLEZ, J. M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, ya cit., págs. 2326-2327, señala que “en el supuesto del representante del administrador persona jurídica hay que tener en cuenta que el administrador es la persona jurídica y no su representante, lo que, a mi juicio, legitima a aquélla a conocer todo lo que se haya tratado en el Consejo de administración y prevalecerá frente al deber de secreto de su representante la obligación que le impone el Código Civil de «dar cuenta de sus operaciones» (artículo 1720)...Creemos que esto es perfectamente aplicable al representante de la persona jurídica administradora, respecto de la que no sólo no está obligado a guardar secreto, sino que incluso y en circunstancias de especial relevancia deberá consultar a su representada y se verá vinculado en sus decisiones por lo que ésta le ordene”, más adelante en la pág. 2328 añade “no quiere decir lo indicado que no exista obligación de secreto en este supuesto. Esta obligación corresponderá en primer lugar, a la persona jurídica representada, quien no podrá revelar lo que su representante le comunique. Lo que ocurre es que, dado el carácter de administrador de la persona representada, falta una norma que diga a qué niveles deben llegar sus derechos y obligaciones como tal. Pero entiendo que no habría inconveniente en que mediante un convenio entre la persona jurídica administradora y la sociedad representada se establecieran ciertas restricciones a la comunicación de secretos por parte de su representante, limitándola, por ejemplo, al Consejo de la persona jurídica o incluso a su Presidente o Consejero delegado”. Por último el representante estará también obligado por esta obligación de secreto respecto de todas las restantes personas que no sean su representada, por lo que también le afecta, con dicha restricción, la obligación”. En este mismo sentido FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de las sociedades anónimas y limitadas*, ya cit., págs. 98, indica que “dicho precepto no puede emplearse para imponer reserva al representante frente a quien le designó como tal...ya que el derecho a conocer por quien es administrador –esto es: la persona jurídica– sobre las materias relativas a la sociedad donde desempeña el cargo siempre será de rango preferente al deber de secreto que pudiera obligar al representante con la sociedad en cuyo seno ejerce su función”.

¹⁶⁵⁷ Según lo dispuesto en el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 127 quáter del TRLSA). Podemos decir que este artículo, en relación con la regulación contenida en el RESE, puntualiza el contenido objetivo del deber de secreto, por el contrario, hace referencia al conocimiento adquirido como consecuencia del desempeño del cargo, mientras que el RESE contempla cualquier información perjudicial para el interés social con independencia de la fuente de su obtención. FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de las sociedades anónimas y limitadas*, ya cit., págs. 135-136, considera que por información confidencial debe entenderse “cualquier clase de información propia de la sociedad empleada por ésta para desarrollar su actividad y que, legítimamente, mantiene en reserva con el objetivo de evitar una pérdida concurrencial”.

de los órganos sobre la SE, independientemente de que dicha información la hayan obtenido como consecuencia del ejercicio del cargo o por cualquier otro medio, lo relevante no es el origen de la información o el carácter de la misma, sino el hecho de que la divulgación de dicha información pueda resultar perjudicial para los intereses sociales y es suficiente con la posibilidad de que el perjuicio pueda darse.

En todo caso, el término “interés social” debe entenderse en sentido amplio y, en este sentido, abarcará tanto al patrimonio, el valor creado, la solvencia, etc., como a la imagen, la posición competitiva, el crédito, la confianza en el mercado, las relaciones con inversores, clientes, etc. El mismo criterio de interpretación amplia debe de usarse para establecer el alcance del término “consecuencias perjudiciales”, de forma que debe entenderse que no se refiere a daño en sentido estricto de perjuicio patrimonial (daño emergente y lucro cesante), si no que bastaría un menoscabo, deterioro, etc., de la imagen, crédito o prestigio de la SE.

También entraría, en el ámbito del deber de secreto de los miembros de los órganos denominada “información privilegiada”¹⁶⁵⁸ en lo tocante al mercado de valores, aunque el manejo de esta información no esté prohibida porque vaya a ser perjudicial para la sociedad, sino porque atenta a la debida transparencia en el mercado¹⁶⁵⁹.

En todo caso, debe de darse una conexión causal entre la información divulgada y las consecuencias perjudiciales, lo que sin duda exigirá un examen detallado de la materia, la oportunidad, el momento, el lugar, la forma etc., que permita valorar las eventuales consecuencias perjudiciales. De forma que si por el tipo de información a divulgar, por el momento de la divulgación o por cualquier otra circunstancia no es objetivamente posible, ni razonablemente previsible o probable que se deriven consecuencias perjudiciales para los

¹⁶⁵⁸ Tal y como señala FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de las sociedades anónimas y limitadas*, ya cit., págs. 149-150 “para que una información pueda calificarse de relevante a los efectos de su calificación como privilegiada es necesario que reúna los siguientes cuatro elementos. Uno, que tengan «carácter concreto» en el sentido de que dicha información tenga existencia «por sí misma». Con esta precisión quedan excluidos los simples rumores... Dos, la información debe referirse a uno o varios valores negociables o, en general, instrumentos financieros, o a uno o varios de sus emisores... Tres, que dicha información no se haya hecho pública. Y, cuatro, que de «de hacerse o haberse hecho pública, podría o habría podido influir de manera apreciable en la cotización de esos valores»”.

¹⁶⁵⁹ En cuanto a la información privilegiada véase el artículo 81 de la Ley de Mercado de Valores. Lo cierto es que el antiguo artículo 114.3 de la referida Ley (derogado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible) establecía (sin perjuicio de lo dispuesto en el Título VII que hace referencia a las normas de conducta de las empresas de servicios de inversión, entidades de crédito, instituciones de inversión colectiva, emisores, analistas de inversiones y, en general, cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores) la prohibición de utilizar información privilegiada en beneficio propio o de sugerir a otras personas la realización de operaciones sobre valores de la propia sociedad o de las sociedades filiales, asociadas o vinculadas sobre las que disponga, por razón de su cargo, de información privilegiada o reservada, en tanto esa información no se dé a conocer públicamente. Ahora bien, realmente el repetido artículo 114.3 venía reiterar lo ya dispuesto en el artículo 81.2 de la Ley de Mercado de Valores que establece que “todo el que disponga de información privilegiada deberá abstenerse de ejecutar por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, alguna de las conductas siguientes...”, obviamente deben entenderse comprendidos los administradores en la expresión “todo el que disponga”. En este sentido SÁCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 798, considera que “quizá puede justificarse pensando que se trata de una llamada de atención por parte del legislador sobre la posibilidad de que el administrador de estas sociedades, además de incurrir en la responsabilidad disciplinaria de carácter administrativo como falta muy grave o grave, podrá ejercitarse contra él por incumplimiento de una obligación que se vincula en cierta manera al deber de secreto, y en definitiva al deber de lealtad, la acción civil de responsabilidad si su conducta causa daño a la sociedad”.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible ha añadido un nuevo párrafo al apartado 2 del artículo 81 de la Ley de Mercado de Valores que viene a recoger el contenido normativo del antiguo artículo 114.3 y, a mayor abundamiento, hace referencia expresa a que las obligaciones en él comprendidas serán aplicables a los miembros del Consejo de control de las SE domiciliadas en España que hayan optado por el sistema dual.

intereses de la sociedad, no existiría infracción del deber de secreto en los términos en que está configurado en el RESE¹⁶⁶⁰.

En el ámbito temporal se deberá de tener en cuenta el alcance de dicho deber de secreto, que en principio y según la redacción dada, tanto en los anteriores proyectos¹⁶⁶¹, como en el RESE¹⁶⁶², e incluso en nuestra Ley de Sociedades de Capital¹⁶⁶³, parece no conocer límites. La fórmula legalmente empleada es clara: “incluso después del cese en sus funciones”. Por tanto, no se establece límite alguno al deber de secreto; no obstante, existen opiniones a favor del establecimiento de algún límite temporal, habiéndose apuntado el de los cuatro años tras el cese, en consonancia con lo establecido en nuestro C.Com.¹⁶⁶⁴, otros autores opinan que tal criterio no es de fácil encaje en los respectivos textos legales, apuntando como solución más factible, en aras a establecer un posible límite temporal, el examen detallado de cada caso mediante la valoración de la potencial incidencia que la información a divulgar pueda tener para causar perjuicio a los intereses de la sociedad, pues mientras tal circunstancia pueda producirse el deber ha de seguir siendo exigible¹⁶⁶⁵.

Me adhiero a esta última opinión, pues sin perjuicio de que la redacción literal de la norma es clara y no deja lugar a dudas, no se puede negar que informaciones que en un momento determinado son cruciales, el transcurso del tiempo y las circunstancias pueden desvirtuarlas de tal manera que su divulgación no cause ningún perjuicio o, en último extremo, sea incluso manifiesta la imposibilidad de causarlo; piénsese p. ej., en informaciones relativas a una sociedad que desaparece al hallarse incurso en un proceso concursal que finaliza con la liquidación de la sociedad. Por tanto, mi postura personal es que siempre habrá que valorar, para determinar si se ha incumplido la obligación de secreto,

¹⁶⁶⁰ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., págs. 734-735. Según recoge DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., pág. 190 “para decidir respecto de la confidencialidad de una información el administrador deberá valorar, con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal, las posibles consecuencias dañosas para la sociedad de la divulgación de la misma. En la mayoría de las ocasiones la respuesta resultará obvia y en caso de duda, la prudencia a que viene obligado el administrador, le impone el secreto”.

¹⁶⁶¹ Véanse los artículos 70.2 y 70 párrafo segundo, respectivamente, de los Proyectos de 1970 y 1975, en relación con los miembros de la Dirección y artículo 80.2 de los Proyectos de 1970 y 1975, en relación con los miembros del órgano de control; artículo 74.3 de los Proyectos de 1989 y 1991, en relación con los miembros de los diversos órganos.

¹⁶⁶² Véase el artículo 49. El ámbito temporal que recoge este artículo extiende la obligación de “no divulgar” incluso después de que los miembros de los diversos órganos hayan cesado en sus funciones. Dicho artículo dice literalmente: “los miembros de los órganos de una SE estarán obligados a no divulgar, incluso después del cese en sus funciones...”.

¹⁶⁶³ Véase el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 127 quáter del TRLSA). En nuestra legislación se recoge la obligación de guardar secreto de forma similar a como lo hace el RESE, pues obliga a los administradores aún después de haber cesado en sus funciones. El apartado 1 de éste artículo dice literalmente: “los administradores, aun después de cesar en sus funciones, deberán guardar secreto...”.

¹⁶⁶⁴ Lo cierto es que el artículo 949 del C.Com. recoge el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad dirigida contra los administradores, que se cifra en el plazo de cuatro años contados desde que se produjo su cese. En este sentido véase SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores (artículos 123 a 143)”, ya cit., pág. 112, este autor considera que “este deber no es ilimitado en el tiempo, sino que termina a los cuatro años contados a partir del momento en que dejó su cargo, ya que tal es el plazo fijado por el artículo 949 para la prescripción de las acciones por la responsabilidad de los administradores”.

¹⁶⁶⁵ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 733. En este mismo sentido DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., pág. 193, donde recoge: “...la *ratio legis* del precepto aconseja que se mantenga el secreto mientras su divulgación pueda dañar a los intereses de la compañía, y esta interpretación es la que se desprende del tenor literal de la norma... la obligación de reserva de los administradores está conectada con el carácter confidencial de la información. Por ello, cuando ese carácter confidencial de la información desaparezca, cesará el deber de reserva. En otras palabras, el deber de secreto cesará cuando la información a la que se refiera haya perdido su carácter confidencial”.

el contenido de la información, la oportunidad, el lugar, la forma, el momento de su divulgación, en fin todas las circunstancias concurrentes, a fin de establecer si la información divulgada puede o no causar perjuicios a la sociedad.

1. EXCEPCIONES AL DEBER DE SECRETO

Dos excepciones recoge el RESE, en cuanto a la obligación de no divulgar, la primera por remisión a la legislación nacional en los supuestos en que dicha divulgación sea exigida o esté permitida por las disposiciones de Derecho nacional aplicables a las sociedades anónimas y la segunda, como norma directa que no necesita remisión, se refiere a los supuestos en que la divulgación sea exigida o esté permitida por causa de interés público. En consecuencia, la obligación de reserva cede bien, cuando hay una disposición nacional que permita o exija divulgar determinadas informaciones a las sociedades anónimas de un Estado miembro (disposiciones que serán de aplicación a las SE en él domiciliadas) o bien, cuando los poderes públicos comunitarios o nacionales, especialmente los ejecutivos o judiciales, aprecien que la divulgación de una determinada información es de interés público¹⁶⁶⁶.

En la legislación española la Ley de Sociedades de Capital se ocupa de esta materia¹⁶⁶⁷ y excepciona los supuestos en que “las leyes permitan su comunicación o divulgación a tercero o que, en su caso, sean requeridos o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión, en cuyo caso la cesión de información deberá ajustarse a lo dispuesto por las leyes.” Aunque la redacción de este artículo es de lo menos afortunada, el precepto nos está remitiendo a las leyes que permiten transmitir información u obliguen a remitir información, debiéndose proporcionar o remitir dicha información en los términos que tales leyes dispongan.

Podemos considerar como supuestos en los que la ley permite la divulgación o comunicación a terceros, los relativos a la información a los accionistas que recoge la propia Ley de Sociedades de Capital¹⁶⁶⁸, las informaciones que según la legislación laboral deban

¹⁶⁶⁶ Debe de tratarse de materias que puedan incidir en la economía en general, en temas de la defensa nacional o la seguridad de los consumidores, el esclarecimiento de un delito, etc. Véase, en este sentido, QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 736. Por su parte, FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de las sociedades anónimas y limitadas*, ya cit., págs. 192-193, señala que “...no implica, sin embargo, que el administrador goce de absoluta libertad para comunicar la información secreta...la excepción sólo se activará cuando la comunicación se realiza al organismo o institución pública que, por razón de la materia, es competente y, por tanto, no ampara los supuestos en que la información se comunica a personas o medios que no estaban previamente autorizadas a conocerlo...”.

¹⁶⁶⁷ Véase el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 127 quáter del TRLSA; artículo que fue introducido de acuerdo con el artículo segundo, cinco, de la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modificaban la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el TRLSA, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas).

¹⁶⁶⁸ Según lo dispuesto en los artículos 197 y 520 (para las sociedades anónimas cotizadas) de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 112 del TRLSA –redactado conforme a la Ley 26/2003 de 17 de julio–) que excepcionan, no obstante, los derechos de información que los citados artículos otorgan a los accionistas en el supuesto de que a juicio del Presidente la publicidad de la información solicitada perjudique los intereses sociales (artículo 197.3 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 112.3 del TRLSA–), pero también, se contiene una contraexcepción en el supuesto de que la petición esté apoyada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital social (artículo 197.4 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 112.4 del TRLSA–). El apartado 4 del artículo 197 ha sido modificado por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, permitiendo que por vía estatutaria se fije un porcentaje menor, pero en todo caso, el porcentaje fijado estatutariamente deberá ser superior al cinco por ciento del capital social.

comunicarse a los representantes de los trabajadores¹⁶⁶⁹, a los auditores de cuentas¹⁶⁷⁰, al Comisario del Sindicato de obligacionistas¹⁶⁷¹, al Registro Mercantil (presentación de cuentas anuales)¹⁶⁷², etc. Cabe mencionar, también, las normas contenidas en el C.Com. relativas a la comunicación o reconocimiento general de los libros, correspondencia y demás documentos del empresario¹⁶⁷³.

En cuanto a las informaciones a remitir a las autoridades de supervisión pueden citarse las que, en función de la actividad desarrollada, están obligadas a presentar determinadas sociedades a organismos como la Comisión Nacional del Mercado de Valores¹⁶⁷⁴, Banco de España, en cuanto a entidades financieras se refiere, u otros organismos de supervisión competentes en materia de seguros¹⁶⁷⁵, transportes, telecomunicaciones, energía, etc.¹⁶⁷⁶. También debe de tenerse en cuenta la información que, en su caso, deberá ser suministrada a requerimiento de la Administración Pública (Hacienda Pública, p.ej.) o de los Juzgados o Tribunales en el ejercicio de sus funciones.

Por último, haré una breve referencia al trasvase de información que se da entre las sociedades de grupo como consecuencia de las relaciones de dependencia existentes entre las filiales y la sociedad matriz, y que entran dentro de las directrices necesarias para la organización y funcionamiento del grupo, así como a las informaciones obtenidas como consecuencia de las relaciones interorgánicas que deben configurarse como un derecho-

¹⁶⁶⁹ Según lo preceptuado en la legislación laboral y en la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas.

¹⁶⁷⁰ Véase el artículo 3 de la Ley de Auditoría de Cuentas. Este artículo hace referencia a la obligación que tienen las sociedades auditadas de facilitar cuanta información sea necesaria para que se puedan llevar a cabo los trabajos de auditoría.

¹⁶⁷¹ Según lo dispuesto en el artículo 427.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 303.2 del TRLSA), se reconoce al Comisario del Sindicato de obligacionistas la facultad de requerir a la sociedad los informes que, a su juicio o a juicio de la Asamblea de obligacionistas, sean del interés de éstos.

¹⁶⁷² Véanse los artículos 279 a 284 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 218 a 222 del TRLSA) y artículos 28, 365 a 378 del Reglamento del Registro Mercantil. Se recoge en estos artículos la obligación que tienen los administradores de presentar las cuentas anuales de la sociedad y la aplicación de resultados, así como las cuentas consolidadas en su caso, el informe de gestión y el informe de los auditores (cuando la sociedad este obligada o haya sido practicado a petición de la minoría). Igualmente, se recoge la publicidad de las mismas y el derecho que tiene cualquier persona para obtener información de todos los documentos depositados.

¹⁶⁷³ Véanse los artículos 32 y 33 del C.Com. Estos artículos contienen una serie de supuestos que tienen su base en la legislación procesal, tributaria, administrativa, etc.

¹⁶⁷⁴ Véase el artículo 82 de la Ley de Mercado de Valores de aplicación a sociedades cotizadas y artículos 61 bis de la Ley de Mercado de Valores (antiguos artículos 116 y 116 bis) y 539 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 117 de la Ley de Mercado de Valores), relativos a qué se considera información relevante, obligados a difundirla y publicidad; al informe de gobierno corporativo que deberán hacer público con carácter anual las sociedades anónimas cotizadas; y a instrumentos especiales de información.

¹⁶⁷⁵ La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que es un órgano administrativo que depende de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad, conforme al RD 345/2012, de 10 de febrero, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Competitividad y que fue publicado en el BOE número 36, de 11 de febrero de 2012 (véase el artículo 2.2.d) del RD 345/2012, de 10 de febrero).

¹⁶⁷⁶ Comisiones Nacionales de Transporte, Telecomunicaciones, Energía, etc. Ahora bien, respecto a las informaciones que según lo previsto en la ley (dentro de los límites fijados) puedan ser requeridas por estos organismos de supervisión o control, hay que tener en cuenta en primer lugar, que deberán ser los administradores que tengan facultades de representación de la sociedad los que informen sobre los datos o documentos requeridos y en segundo lugar, que dicha facultad de inspección, del organismo supervisor, conlleva la obligación de éste a guardar secreto. Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 201; en el mismo sentido FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de las sociedades anónimas y limitadas*, ya cit., pág. 164, indica que "...el legislador ha previsto un particular mecanismo jurídico destinado a evitar que esa comunicación obligatoria comporte la pérdida de confidencialidad de la información. Nos referimos, claro está, al deber que pesa sobre las Administraciones de guardar estricta reserva sobre los datos confidenciales que hayan llegado a conocer".

deber¹⁶⁷⁷. En ambos supuestos, obviamente, no se puede hablar de excepciones al deber de no divulgar.

En definitiva, teniendo en cuenta las excepciones al deber de secreto que deberán aplicarse a la SE que decidan establecerse en España, en función de lo previsto en nuestra legislación para las sociedades anónimas nacionales, sólo cabe apuntar que el manejo de esas excepciones debe atemperarse siempre en función de la combinación de la máxima transparencia necesaria en la trasmisión de la información y la mínima afectación posible en el interés de la sociedad. Se trata de apreciar, en fin, que la divulgación lícita, por muchos supuestos concretos en que lo sea, es excepción respecto del principio del deber de secreto, y como tal excepción debe ser tratada: interpretando estrictamente su alcance, no ampliando su campo de acción más que cuando haya analogía evidente, no extendiendo los supuestos más allá de lo natural y aplicando su contenido de manera que sufra lo menos posible el principio general¹⁶⁷⁸.

VII. RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS DE LOS ÓRGANOS

El RESE se refiere a la responsabilidad de los miembros de los órganos estableciendo que los miembros del órgano de dirección, de control o de administración responderán 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; pero, por remisión expresa de dicho texto legal, lo harán en función de las disposiciones que a estos efectos fueran aplicables a las sociedades anónimas del Estado miembro donde tenga el domicilio la SE¹⁶⁷⁹.

En cuanto al ámbito subjetivo, los responsables son los miembros de cada uno de los órganos en relación con las funciones que les son encomendadas¹⁶⁸⁰ y en cuanto al ámbito objetivo se establece una cláusula general de responsabilidad, remitiendo los demás aspectos, tanto sustantivos, como procedimentales, al Derecho nacional aplicable a las sociedades anónimas del domicilio de la SE.

El ámbito subjetivo parece, en principio, fácil de determinar, la responsabilidad recaerá, en correspondencia con las funciones que tengan encomendadas, en los miembros

¹⁶⁷⁷ En efecto los artículos 41 y 44.2 del RESE contienen una serie de deberes-derechos de información que competen a los miembros de los diversos órganos de administración de la SE. El artículo 41 hace referencia a las relaciones informativas entre el órgano de dirección y el órgano de control en el sistema dual y el 44 está referido al órgano de administración del sistema monista y, concretamente, el apartado 2 de dicho artículo recoge el derecho que tiene cada miembro del órgano de administración de acceder a toda la información comunicada a dicho órgano.

¹⁶⁷⁸ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 741.

¹⁶⁷⁹ Así se establece en el artículo 51 del RESE. Este precepto está considerando únicamente el daño sufrido por la sociedad, como consecuencia del incumplimiento por parte de los miembros del órgano de dirección, de control o de administración, en función del sistema por el que se haya optado, de las obligaciones legales, estatutarias, o de cualquier otro tipo que sean inherentes a sus funciones. No contiene, sin embargo, ninguna medida relativa a las responsabilidades en las que puedan incurrir frente a los accionistas o terceros.

¹⁶⁸⁰ Se deberá de tener en cuenta, a estos efectos, las específicas circunstancias de organización, funcionamiento, etc., concurrentes, tanto en cada sistema de administración, como en cada órgano. Aunque a priori parece no revestir mayor problema, la delimitación de las personas a las que debe imputarse la responsabilidad puede complicarse cuando nos encontramos con figuras como son: los administradores de hecho, los administradores ocultos, administradores cesados, bien porque continúen ejerciendo sus funciones, en cuyo caso se convertirían en administradores de hecho, o bien porque a pesar de haber cesado no consta tal circunstancia registralmente, y aunque, como ya sabemos, la inscripción registral no es constitutiva en materia de nombramiento y cese de administradores, a diferencia de lo que sucede con la designación de los Consejeros delegados, el problema se plantea con los terceros de buena fe que confían en la información registral para la interposición de las correspondientes acciones de responsabilidad. Véase MARTÍNEZ SANZ, F., “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, ya cit., págs. 76-79.

de los órganos de dirección, control, o de administración con cargo vigente e inscrito en el Registro Mercantil¹⁶⁸¹. Ahora bien, según lo establecido en nuestra legislación societaria y en nuestra doctrina jurisprudencial, en ocasiones resultan ser responsables personas que no cumplen con los requisitos indicados, tal y como sucede en los supuestos de los administradores de hecho¹⁶⁸², administradores ocultos¹⁶⁸³, o incluso los supuestos en que la

¹⁶⁸¹ No obstante, hemos de tener en cuenta que a tenor de lo dispuesto en el artículo 214.3 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 125 del TRLSA), el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación, y por tanto, la inscripción registral carece de efectos constitutivos, en consecuencia no es necesaria la inscripción registral para que el administrador sea considerado como tal en sentido propio, formal o de derecho. Véase ALONSO ESPINOSA, F. J., “La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores”, ya cit., pág. 77.

¹⁶⁸² A pesar de que en nuestra legislación no se encontraba una definición de esta figura, lo cierto es que, tanto la jurisprudencia, como la doctrina venían apoyando la extensión de las normas sobre responsabilidad a los administradores de hecho, a pesar de que se careciera de una norma expresa al efecto. La legislación más reciente ya contiene referencias a esta figura, si bien, lo hace de manera amplia y no formalista. Así, a la hora de fijar las normas sancionadoras es frecuente incluir, tanto al administrador de hecho, como al de derecho (en materia penal artículos 290 y s.s., en materia administrativa-económica el artículo 95 de la Ley de Mercado de Valores). Un tratamiento similar encontramos en la Ley Concursal (artículo 172.2.1º –según la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal–) y en la Ley de Sociedades de Capital (artículo 236 –antiguo artículo 133 del TRLSA–) y aunque formalmente no encontramos una definición del administrador de hecho, la doctrina ha venido considerando que el administrador de hecho es la persona que en la práctica ejerce directamente, sin oposición de la sociedad y con carácter de continuidad, el poder de decisión en los términos atribuidos por la ley al órgano administrativo. En cuanto a los requisitos de la figura, responsabilidad aplicable y en definitiva para una mayor información sobre la materia puede consultarse MARTÍNEZ SANZ, F., “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, ya cit., págs.60-68. También ALONSO ESPINOSA, F. J., “La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores”, ya cit., pág. 77, piensa que ha de considerarse administrador de hecho “a toda persona que directa o indirectamente participe o influya de forma real, efectiva y continuada en la gestión y administración de la sociedad. El concepto puede incluir al socio de control, a la sociedad dominante de un grupo de sociedades, a entidades de crédito cuya posición activa determine el seguimiento de sus indicaciones en materia empresarial, a un franquiciador, a miembros del personal de alta dirección y apoderados generales, siempre y cuando intervengan activamente, aunque sea de forma indirecta u oculta, en la adopción de las decisiones empresariales más importantes de la vida de la sociedad”. En el mismo sentido RIBELLES ARELLANO, J. M., “Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades”, ya cit., págs. 353-359, quien considera que deben quedar incluidos en esta figura “aquellos supuestos que ya venían considerándose en la práctica judicial, como la del apoderado o la del socio mayoritario” y cita la jurisprudencia del TS en la que se “identifica al administrador de hecho no sólo con quien actúa sin tener cargo orgánico o poder general, sino también con el directivo o apoderado” (Sentencia del 3 de abril de 2003), igualmente, hace referencia a las STS de 26 de mayo de 1998 y 24 de septiembre de 2001 en las que el TS “equiparó al apoderado y al socio dominante con el administrador social”, por lo que añade que “dicha doctrina, con más motivo, puede y debe ser seguida tras la entrada en vigor de la Ley de Transparencia”. Por el contrario LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Comares, Granada, 2003, págs. 173-174, considera que “el término «administrador de hecho» debe entenderse en sentido restringido, no comprensivo del administrador del grupo ni del apoderado o director general. Ahora bien, seguidamente añade que “se ha de efectuar, en aras de la seguridad jurídica, una adecuada delimitación de las distintas figuras atendiendo a sus propias características, lo que, del lado contrario, no ha de llevarnos a negar la calificación de aquellos como administradores de hecho cuando se den los requisitos para ello”.

¹⁶⁸³ Aunque al administrador oculto puede calificarse de administrador de hecho presenta, sin embargo, ciertas diferencias no exentas de importancia en cuanto que uno de ellos ejerce su actividad con carácter notorio (administrador de hecho propiamente dicho), mientras que el otro, aunque influye en las decisiones sociales, se mantiene oculto. Por tanto, los intereses a tutelar serán diferentes, en el caso del administrador de hecho que actúa como tal, se trata de tutelar la apariencia vinculando a la sociedad por los actos que esta persona realiza en su nombre, mientras que en el caso del administrador oculto lo que se trata de tutelar, fundamentalmente, es la seguridad jurídica. Tal y como recoge MARTÍNEZ SANZ, F., “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, ya cit., pág. 59, “...en la práctica, la anterior diferenciación en ocasiones se diluye, al ser frecuentes los casos en que, quien influye decisivamente sobre los administradores formales, no actúa «agazapado en la sombra», sino que opera externamente frente a terceros, es cierto que no como administrador (de ser así estaríamos ante un administrador de hecho notorio), pero sí bajo una vestidura distinta (normalmente bajo la condición de apoderado general). De hecho, es éste el supuesto probablemente más frecuente en la práctica”. En este mismo sentido DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad*

sociedad dominante del grupo imparta instrucciones que deban de ser seguidas por los miembros de los órganos de las sociedades filiales¹⁶⁸⁴.

1. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CONTENIDO EN EL REGLAMENTO (CE) Nº 2157/2001 DEL CONSEJO, DE 8 DE OCTUBRE DE 2001: CLÁUSULA GENERAL

El RESE, en esta materia¹⁶⁸⁵, contiene, como único elemento no remitido a las disposiciones de los Estados miembros, una cláusula general que es de carácter prioritario y de aplicación directa¹⁶⁸⁶; la responsabilidad deriva del perjuicio sufrido por la SE como consecuencia del incumplimiento por parte de los miembros de los órganos de las obligaciones legales, estatutarias o inherentes a sus funciones. Se trata de una responsabilidad subjetiva, de naturaleza civil y vinculada a los daños sufridos por la SE como consecuencia de la conducta negligente en el cumplimiento de sus obligaciones, cuyo efecto consistirá en la obligación de resarcimiento a la SE por los daños patrimoniales causados¹⁶⁸⁷.

de los Administradores de Sociedades de Capital, ya cit., pág. 254: “el administrador oculto o indirecto, a diferencia del aparente es aquel que controla de hecho la gestión social pero no actúa directamente sino a través de administradores de derecho, ejerciendo sobre los mismos una influencia decisiva”.

¹⁶⁸⁴ Admitida la posibilidad de considerar administrador de hecho a quien no está investido como tal, surge el tema de funcionamiento de las sociedades de grupo y como tal la posibilidad de que los administradores de la sociedad matriz o dominante puedan resultar responsables, no sólo de los daños causados a su filial, sino también de los ocasionados a terceros cuando los administradores de la sociedad dominada se vean obligados a seguir sus instrucciones. En relación con esta materia puede consultarse VALENZUELA GARACH, J., *La responsabilidad de los administradores en la disolución y concurso de las sociedades capitalistas*, ya cit., págs. 140 y 141 y SANZ, F., “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, ya cit., págs. 68-70. Por otra parte, DOMÍNGUEZ RUIZ D HUIDOBRO, A., “Cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de los grupos de sociedades. Particular referencia a la teoría del administrador de hecho”, ya cit., págs. 1309-1314, concretamente en la pág. 1310 recoge: “aun cuando no se le puede exigir al administrador de la filial un «heroísmo» temerario, a nuestro juicio sí cabe exigirle un rigor en el desempeño de las funciones de administrador, atendiendo a los intereses de la sociedad filial, en tanto los compromisos no quedan adecuadamente garantizados por la dominante. Todo ello al objeto de «moralizar» el tráfico mercantil, puesto que, en el desempeño del cargo de administrador, la excusa de «obediencia debida» es discutible, si bien cabría estudiar la admisibilidad de la excusa por desconocimiento (el supuesto del «hombre de paja» totalmente ignorante de los actos que se realizan a su nombre)”; SÁNCHEZ CALERO, F., “Supuestos de responsabilidad de los administradores de la SA”, *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 933, señala: “el régimen de la responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima debería tener una norma especial que, dentro de ciertos límites, exonerase de responsabilidad a los administradores de las sociedades dependientes cuando se han visto obligadas a actuar siguiendo las instrucciones de la sociedad dominante”.

¹⁶⁸⁵ En efecto, el régimen de responsabilidad de los miembros de los distintos órganos de la SE se recoge en el artículo 51 del RESE. En este artículo se contiene una clara referencia a los perjuicios sufridos por la SE, así como a los elementos o presupuestos que constituyen o desencadenan la responsabilidad. Su contenido está en consonancia con los presupuestos contemplados tradicionalmente por nuestra doctrina, a saber: la realización de un daño, la culpa o el incumplimiento y la relación de causalidad entre ambos.

¹⁶⁸⁶ Deberá tenerse en cuenta el carácter de esta cláusula y la prevalencia de la misma en el supuesto de colisión con los diversos Derechos nacionales de los Estados miembros.

¹⁶⁸⁷ Se dan los tres elementos básicos del nacimiento de la responsabilidad civil: acción, daño y nexo causal entre la acción llevada a cabo y el daño sufrido como consecuencia de dicha acción. Con el régimen de responsabilidad social de los administradores se pretende que éstos cumplan con los deberes que les vienen impuestos, tanto legal, como estatutariamente, así como con los que fueran inherentes al desarrollo de sus funciones, de forma que si se produce un daño a la sociedad, como consecuencia del incumplimiento de dichos deberes, se les impone la obligación de resarcirla. Tal y como señala ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social de los Administradores de una sociedad anónima”, ya cit., pág. 647, la responsabilidad de los administradores “debe conectarse al régimen estructural u organizativo de la sociedad y más exactamente con los ámbitos respectivos de competencias de cada uno de los órganos y relaciones entre los mismos, pues es precisamente la configuración del órgano administrativo en la moderna sociedad anónima lo que fundamentalmente explica el régimen de responsabilidad social”.

El daño, según lo preceptuado en el RESE, consiste en el perjuicio sufrido por la SE¹⁶⁸⁸ y de ese daño emana la acción social de responsabilidad cuyo ejercicio tiene como fin reconstituir el patrimonio social perjudicado por la acción negligente. Esa acción u omisión de la que surge el daño proviene, según se desprende del articulado del RESE, de “el incumplimiento por parte de los miembros del órgano de las obligaciones legales, estatutarias o de cualquier otro tipo inherentes a sus funciones”¹⁶⁸⁹.

Ahora bien, en cuanto a las obligaciones de los miembros de los diferentes órganos sociales, el RESE sólo hace unas referencias generales al hablar de las funciones de cada órgano¹⁶⁹⁰ en los distintos sistemas de administración; en consecuencia, siguiendo el sistema de fuentes que el propio RESE establece¹⁶⁹¹, deberemos acudir a las respectivas legislaciones nacionales.

En referencia con la legislación española, las obligaciones legales serán aquellas a las que la propia Ley de Sociedades de Capital confiera tal carácter¹⁶⁹², así como las contenidas en el C.Com., legislación penal¹⁶⁹³, fiscal¹⁶⁹⁴, laboral¹⁶⁹⁵, administrativa¹⁶⁹⁶,

¹⁶⁸⁸ Según señala QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 744, el perjuicio sufrido por la SE, en su patrimonio, debe entenderse en el amplio sentido de disminución patrimonial efectiva y ganancia dejada de percibir (daño emergente y lucro cesante), pero incluyendo también otros menoscabos evaluables y ciertos (expectativas de negocio, rentabilidad de inversiones, solvencia, capacidad de crédito, daño moral, etc.), que se puedan demostrar.

¹⁶⁸⁹ La fórmula utilizada por el RESE es similar a la contenida en el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 133 del TRLSA que fue redactado por la Ley 26/2003, de 17 de julio), además, la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la SE domiciliada en España, declara aplicables a los miembros de los órganos de administración, de dirección y del Consejo de control, en el ámbito de sus respectivas funciones, las disposiciones sobre responsabilidad previstas para los administradores de las sociedades anónimas (artículo 335 del TRLSA –actual artículo 490 de la Ley de Sociedades de Capital–).

¹⁶⁹⁰ Las disposiciones contenidas en el RESE respecto a las funciones de los diversos órganos, debemos de buscarlas para el sistema dual en el artículo 39.1, en relación con el órgano de dirección y el artículo 40.1, en relación con el órgano de control; para el sistema monista en el artículo 43.1 y en relación con el órgano en pleno en el artículo 44.

¹⁶⁹¹ Dicho sistema se encuentra recogido en el artículo 9.1.c) i), ii). A tenor de lo previsto en este artículo las materias no reguladas o reguladas en parte por el RESE se regirán, en primer lugar, por las disposiciones que específicamente se adopten por los legisladores nacionales para las SE y en segundo lugar, por las disposiciones que fueran de aplicación a las sociedades anónimas nacionales. En consecuencia, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 490 y 236 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 335 y 133 del TRLSA), los miembros de los órganos de la SE responderán, en el ámbito de sus respectivas funciones, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

¹⁶⁹² La Ley de Sociedades de Capital dice que la gestión de la sociedad es competencia de los administradores en los términos establecidos en dicha Ley (artículo 209 –la antigua Ley de Sociedades anónimas no recogía, expresamente, esta obligación primordial relativa a la administración del patrimonio de la sociedad–); además, contiene a lo largo de su articulado diversas obligaciones concretas, cuyo incumplimiento raramente da lugar a la interposición de una demanda de responsabilidad. Véase, en relación con esas concretas obligaciones de los administradores sociales recogidas en el articulado de nuestra Ley de Sociedades de Capital, DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., págs. 101-103.

¹⁶⁹³ Obviamente, las personas jurídicas no pueden delinquir. Según la jurisprudencia “la responsabilidad penal es personal subjetiva, e individualizada”. “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre” (artículo 31.1 del Código Penal). Si bien el apartado 2 del artículo 31 establece “en estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó” (este artículo fue modificado por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre). Tal y como recoge MESTRE DELGADO, E., “Responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 360-393, los supuestos más frecuentes de responsabilidad sustitutiva del administrador son: los delitos de defraudación tributaria, los fraudes de

subvenciones, los delitos contables, las defraudaciones a la seguridad social, los delitos de alzamiento de bienes, los delitos de fraude en la generación o tramitación de procedimientos concursales, los delitos de alteración de los precios en un sistema de economía de mercado, los delitos contra los derechos de los trabajadores, las falsedades documentales. Asimismo, los administradores pueden incurrir en responsabilidad penal por actos propios, el Código Penal de 1995 recoge determinadas figuras específicas que se ocupan de sancionar la actividad ilícita generada desde las sociedades mercantiles, son los denominados delitos societarios que se recogen en el Capítulo XIII (artículos 290-297) de nuestro Código Penal y están referidos a: la falsificación de documentos sociales (artículo 290), la imposición o aprovechamiento de acuerdos sociales abusivos (artículo 291), la imposición o aprovechamiento de acuerdos ilícitos, en perjuicio de la sociedad o algunos de sus socios (artículo 292), la negación o impedimento del ejercicio de los derechos de accionista o partícipe (293), la negación o impedimento de las funciones de inspección o supervisión administrativa (artículo 294), la administración desleal (artículo 295), véase MESTRE DELGADO, E., “Responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles”, ya cit., págs. 393-402. Apuntaré, por último que el Código Penal establece la responsabilidad civil subsidiaria de las personas jurídicas, “son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: ... 4º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios (artículo 120.4º). En relación con esta materia puede consultarse, también, GARRETA SUCH, J. M., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 331-346; MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 327-349.

¹⁶⁹⁴ Los administradores, tanto de hecho, como de derecho, son en principio responsables subsidiarios de las infracciones tributarias, salvo que la Administración pueda demostrar que han causado o han colaborado activamente en la realización de una infracción tributaria, en cuyo caso, responderán solidariamente de la deuda tributaria. Para ello, deberá de observarse una conducta imputable al administrador que tenga como resultado la comisión de una infracción tributaria por la persona jurídica. Por tanto, será necesario que concurren varios requisitos: la comisión de una infracción tributaria por la sociedad administrada, la condición de administrador al tiempo de cometerse la infracción y la existencia de una conducta ilícita por parte del administrador como tal. VILLAR, M., “La responsabilidad tributaria”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 498. También recoge esta autora, en las págs. 498-508, los presupuestos de responsabilidad en sociedades con actividad en caso de cierre de las sociedades, en los supuestos de transmisión de empresas y, en las págs. 509-512, se ocupa de los regímenes especiales de responsabilidad de ciertos administradores (administradores de entidades de crédito, del administrador que dificulta el procedimiento de embargo o enajenación de bienes, de los administradores de las agrupaciones de interés económico y uniones temporales de empresa, de los administradores de las sociedades patrimoniales, de la responsabilidad subsidiaria de los administradores sobre el pago del Impuesto de Trasmisiones Patrimoniales en las operaciones societarias).

¹⁶⁹⁵ Tal y como señalan MERCADER, J. R., y SUÁREZ CORUJO, B., “La responsabilidad de los administradores sociales en el ámbito laboral”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 440-441, “el administrador societario no es un sujeto por completo ajeno al contrato de trabajo, antes al contrario el mismo se encuentra estrechamente vinculado con él, en tanto que representante empresarial a quien compete la ejecución de las decisiones vinculadas con dicho contrato. Su posición no es, pues, la de un mero tercero ajeno a la relación jurídica sino la de un sujeto directamente implicado en el desarrollo de la relación jurídica laboral”. Obviamente, los trabajadores podrán devenir en acreedores de la sociedad como consecuencia de su relación laboral, bien porque se les adeuden salarios o, en su caso, como consecuencia del impago de las indemnizaciones legales que pudieran corresponderles como consecuencia de un despido improcedente. En estos supuestos nada obsta para que, en su condición de terceros acreedores, los trabajadores, mediante el ejercicio de las acciones contempladas en nuestra legislación societaria (artículos 240, 241, 360.1.b) y 367 de la Ley de Sociedades de Capital; antiguos artículos 134, 135 y 262.5 del TRLSA), puedan reclamar la responsabilidad de los administradores por los daños que les hayan causado como consecuencia de una conducta no ajustada a lo previsto en nuestra Ley de Sociedades de Capital (artículo 236 en relación con los artículos 225 y 226; antiguo artículo 133 en relación con el 127 del TRLSA). Véase, en relación con esta materia, MERCADER, J. R., y SUÁREZ CORUJO, B., “La responsabilidad de los administradores sociales en el ámbito laboral”, ya cit. pág. 448-462; MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, ya cit., págs. 317-327. Por último, mencionaré que los administradores, también pueden tener responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales y en materia de seguridad social. Véase MERCADER, J. R., y SUÁREZ CORUJO, B., “La responsabilidad de los administradores sociales en el ámbito laboral”, ya cit., págs. 444-448.

¹⁶⁹⁶ En opinión de CAMPUZANO, A. B., “Las sanciones administrativas”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (directores), Tirant lo Blanch,

concurral, etc., de carácter general o, en su caso, las recogidas por la legislación específicamente aplicable en función de la actividad desarrollada o en la Ley de Mercado de Valores si se trata de una sociedad cotizada, etc. Obviamente, los miembros de los órganos de las SE domiciliadas en España estarán sujetos al cumplimiento de estas obligaciones legales, si bien, habrá que tener en cuenta las peculiaridades del sistema de administración por el que la SE haya optado, matizando lo que es exigible a cada órgano, según la función que desempeñe¹⁶⁹⁷.

Por obligaciones estatutarias deben de entenderse aquellas que, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, se hayan incorporado a los estatutos¹⁶⁹⁸, bien porque el propio RESE así lo haya autorizado en virtud del sistema de fuentes que dicho texto contiene¹⁶⁹⁹ o

Valencia, 2008, págs. 411-413, “la formulación legal del principio de culpabilidad no impide considerar responsables en el procedimiento administrativo sancionador a las personas jurídicas, aún a título de simple inobservancia... nada impide que al mismo tiempo que se establece la responsabilidad de las personas jurídicas por ilícitos administrativos, se fijen, en determinados supuestos, responsabilidades solidarias o subsidiarias de personas físicas, como administradores en cuanto adoptaron los acuerdos sociales que hicieron posibles las infracciones administrativas. En estos casos, se opta por considerar sujeto infractor a la persona jurídica y responsables a los administradores, extendiendo su responsabilidad a las sanciones impuestas a aquéllas...Esta responsabilidad administrativa de los administradores no es, por último, susceptible de asegurarse. La finalidad preventiva que, junto al elemento represivo, concurre en la responsabilidad administrativa, excluye jurídicamente el seguro, de forma que la responsabilidad asegurable de los administradores se limita a la naturaleza civil, sin incluir los actos que generen únicamente responsabilidad penal, fiscal y/o administrativa”. Esta autora, en las págs. 414-438, recoge, también, determinados supuestos de responsabilidad de los administradores por infracciones administrativas en diversos sectores, como son los relativos a los mercados financieros, el mercado de telecomunicaciones, los relacionados con la defensa de consumidores y usuarios, la libre competencia, responsabilidad medioambiental, e incluso hace referencia al régimen sancionador recogido en el artículo 157 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 89 del TRLSA). En este mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 286, señala que dejando aparte lo establecido en las Leyes administrativas, las sanciones administrativas han tenido cabida en la propia Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital), así el artículo 89 (actual artículo 157 de la Ley de Sociedades de Capital) en relación a la infracción de las normas de los negocios sobre las propias acciones o el artículo 221 (actual artículo 283 de la Ley de Sociedades de Capital) sobre incumplimiento del depósito de la cuentas anuales; hace referencia, también, a la responsabilidad administrativa específica de sociedades que ejercitan determinadas actividades (bancarias, de seguros, telecomunicaciones, eléctricas, etc.) y al régimen sancionador especial en caso de infracciones tributarias como responsables subsidiarios que comprende a los «administradores de hecho o de derecho».

¹⁶⁹⁷ Según lo previsto en el artículo 490 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 335 del TRLSA): “las disposiciones sobre responsabilidad previstas para los administradores de sociedades anónimas se aplicarán a los miembros de los órganos de administración, de dirección y del Consejo de control en el ámbito de sus respectivas funciones”. Esta fórmula, que en principio parece simple, resulta ser compleja de interpretar y adaptar, sobre todo a la hora de delimitar el ámbito competencial de los diversos órganos.

¹⁶⁹⁸ Estas disposiciones estatutarias, a tenor de lo previsto en el artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 133.1 del TRLSA), vienen a configurarse como la segunda fuente de la que emanan los deberes de los administradores. Resulta interesante la referencia que hace DÍAZ ECHEGARAY, J. L., a los reglamentos de régimen interior como fuente de los deberes de los administradores por considerar que deben de entenderse comprendidos en la referencia que la ley hace a los estatutos sociales, ya que dichos reglamentos no son sino un desarrollo de los estatutos sociales en lo referente al funcionamiento de los órganos. A mayor abundamiento, según lo previsto en el artículo 528 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores), el Consejo de administración de las sociedades cotizadas deberá de aprobar un reglamento de régimen interior para regular su funcionamiento, dicho reglamento deberá de ser comunicado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores e inscrito en el Registro Mercantil. Entiendo que, en los sistemas duales, dicha obligación se hará extensible al Consejo de control, puesto que a pesar de que nuestra Ley de Sociedades de Capital no recoge expresamente esta cuestión, lo cierto es que el artículo 485 de dicha Ley (antiguo artículo 333.1 del TRLSA) declara que lo previsto para el funcionamiento del Consejo de administración de las sociedades anónimas será de aplicación al Consejo de control. Véase DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., págs. 105-106.

¹⁶⁹⁹ El sistema de fuentes se recoge en el artículo 9. Según lo establecido en este artículo las SE se registrarán, en primer lugar por lo dispuesto en el RESE y, en segundo lugar, cuando dicho texto legal así lo autorice, expresamente, por las disposiciones estatutarias.

bien porque sea una materia no regulada y la legislación nacional correspondiente, que pasa a formar parte de las disposiciones por las que se rige la SE, permita su regulación estatutaria¹⁷⁰⁰.

Por último, la expresión recogida en el RESE como “obligación de cualquier otro tipo inherente a sus funciones” debe entenderse como referida al comportamiento exigible en el ejercicio del cargo. La Ley de Sociedades Anónimas de 1951, decía que: “los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal...”¹⁷⁰¹; el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas recogía la fórmula relativa a la diligencia de los administradores en el desempeño de sus funciones de forma similar a la Ley de 1951, con un único cambio al referirse al “ordenado empresario” en vez de al “ordenado comerciante”¹⁷⁰²; la Ley 26/2003, de 17 de julio, ha regulado con más detalle el contenido de esa obligación general, puesto que, además de hacer referencia al deber de diligencia¹⁷⁰³ incluye los deberes de fidelidad¹⁷⁰⁴, lealtad¹⁷⁰⁵ y secreto¹⁷⁰⁶ (la

¹⁷⁰⁰ Esta ha sido la vía utilizada, junto con los reglamentos de carácter interno, por las sociedades cotizadas para incorporar las recomendaciones de buen gobierno (deberes de lealtad, fidelidad, transparencia, etc.) pero con la nueva redacción dada, por la denominada Ley de transparencia a los artículos 127, 127 bis, 127 ter y 127 quáter del TRLSA (actuales artículos 225 a 232 de la Ley de Sociedades de Capital, que son de aplicación a todas las sociedades anónimas, sean o no cotizadas), estos deberes se han convertido en exigibles por imperativo legal. En relación con las sociedades anónimas cotizadas deberemos tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 528 y 529 de la Ley de Sociedades de Capital respecto al carácter obligatorio del reglamento de régimen interno del Consejo de administración y a la publicidad del mismo.

¹⁷⁰¹ Según lo dispuesto por el artículo 79. Este artículo regulaba la responsabilidad de los administradores, señalando en primer lugar la diligencia que les era exigible. El TRLSA de 22 de diciembre de 1989, procedió a dividirlo y cambiarlo de orden, pasando la primera parte del mismo a constituir el artículo 127 (actual artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital). Tal y como sostiene POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 130, “se trata, en nuestra opinión, de una fragmentación y cambio de orden poco o nada justificados, ya que, sistemáticamente, parece que el estudio del presente precepto se debiera llevar de nuevo al tema de la responsabilidad de los administradores, en cuanto constituye la vara de medir en la apreciación del cumplimiento de su obligación de administrar y de su eventual responsabilidad”.

¹⁷⁰² Así viene recogido en el artículo 127 (actual artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital). La referencia que hace este artículo al “ordenado empresario” tiene una conexión con la profesionalidad con la que debe de desempeñarse el cargo, lo cual exige que se emplee la atención, prudencia, dedicación y competencia que despliega un empresario ordenado y tal comparación debe de efectuarse en relación con las cualidades ostentadas por un empresario que se dedique al mismo género de comercio que la sociedad. Véase POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 134. En relación con la modificación operada en este artículo por el RDL 1564/1989, de 22 de diciembre, GARCÍA LUENGO, R. y SOTO VÁZQUEZ, R., *El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima (Comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1991, pág. 588, señalan: “el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas que ahora se estudia, no corresponde literalmente a la primera declaración que formulaba el artículo 79 de la Ley de 1951, pues se ha sustituido la expresión «ordenado comerciante» de aquella por la de «ordenado empresario», lo que no deja de reflejar el significativo cambio semántico que ha venido impulsando la doctrina a fin de superar la terminología insuficiente del Código de Comercio de 1885 y dar entrada a un nuevo sistema de categorías y conceptos”.

¹⁷⁰³ Véase el artículo 127 (actual artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital). Se incluye en este deber la obligación de informarse sobre la marcha de la sociedad (artículo 127.2 –actual artículo 225.2 de la Ley de Sociedades de Capital–) con el fin de posibilitar un mejor desempeño de las funciones propias del cargo. Esta manifestación del deber de diligencia ha sido regulado por la Ley 26/2003, de 17 de julio (Ley de transparencia), la ausencia de la regulación de este deber en nuestro ordenamiento se debía al hecho de que se consideraba que el Consejo de administración por ser el órgano encargado de la gestión social estaba en posesión de toda la información, lo que, sobre todo en sociedades de grandes dimensiones, rara vez es cierto. Es fácilmente comprensible, teniendo en cuenta el principal deber que corresponde a los administradores de administrar la sociedad, que es absolutamente necesario que los administradores dispongan de toda la información que sea precisa pues tal y como recoge DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., pág. 139: “la información es un componente sustancial del deber de diligencia, no puede considerarse diligente a quien pretende gestionar una sociedad ignorando, en mayor o menor medida lo que en ella sucede”; en este mismo sentido MUÑOZ PAREDES, J.

M., *La información de los consejeros en la sociedad anónima*, ya cit., págs. 28-29, recoge: “todo administrador de cualquier sociedad, para desempeñar como es debido sus funciones, tiene que estar informado de lo que ocurre en la empresa. La información es un componente sustancial del deber de diligencia, pues no puede considerarse diligente quien pretende gestionar una sociedad ignorando, en mayor o menor medida lo que sucede en ella. El deber de diligencia conlleva el deber de informarse, de estar informado”.

Para las SE que decidan establecerse en España, y opten por el sistema dual, habrá que tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 41 del RESE e, igualmente, que nuestro legislador no ha hecho uso de la facultad que, con carácter específico, otorga el artículo 41.3 a los Estados miembros en orden a regular que todos los miembros del órgano de control puedan solicitar al órgano de dirección cuanta información consideren precisa, por tanto tal derecho corresponderá al órgano colegiado (Consejo de control).

¹⁷⁰⁴ Véase el artículo 127 bis (actual artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital, aunque esta nueva Ley hace referencia a este deber como un deber de lealtad). El deber de fidelidad (lealtad, según la actual Ley de Sociedades de Capital) al interés social está entendido como interés de la sociedad. Tal y como recoge POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 135, “la lealtad aparece conectada en la exigencia legal a la vertiente de la representación y contempla la actuación de los administradores en la asunción de obligaciones a través del uso de la firma social. Se ha dicho que tal cualidad se exige en función de la representación de intereses ajenos que ostenta el administrador y que desemboca en un deber de fidelidad que le obliga a anteponer los intereses sociales a los propios”. La exigencia del deber de lealtad lleva a imponer la prohibición de concurrencia entre los intereses de los administradores y de los de la sociedad, es por ello que nuestra Ley de Sociedades de Capital contempla, en los artículos 227 a 231, las posibles situaciones en que puede darse concurrencia o conflicto de intereses.

La doctrina española venía sosteniendo que era necesario hacer una diferenciación entre la obligación de perseguir el interés social y el deber de lealtad, por consiguiente como deber de fidelidad se entendía la obligación de los administradores de actuar en función exclusiva del interés social, mientras que el deber de lealtad les impedía obtener ningún tipo de beneficio a expensas de la sociedad en los supuestos en que pudieran entrar en conflicto los intereses personales y los de la sociedad. Ahora bien, el hecho de que los administradores no puedan obtener beneficios personales como consecuencia del ejercicio de su cargo no deja de ser el resultado derivado de la obligación que estos tienen de perseguir el interés social. En este sentido parece manifestarse, mayoritariamente, la doctrina española, “afirmándose que si la fidelidad tiene como acepción más común la de lealtad, y entendemos como fiel a la persona que guarda fe y es constante en el cumplimiento de sus obligaciones y no defrauda la confianza que en él se ha depositado, habremos de llegar al resultado que al hablar de deberes de fidelidad o de lealtad empleamos términos equivalentes”. Véase MAMBRILLA RIVERA, V., “Fidelidad y lealtad como deberes generales de los administradores de las sociedades anónimas”, ya cit., págs. 212-213; en este mismo sentido JUSTE MENCIA, J. e IGARTUA ARREGUI, F., “Deberes de los administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 24, 2005-1, pág. 78, sostienen que: “la referencia al deber de «fidelidad» (artículo 127 bis) en este contexto suscita perplejidad. En primer lugar, resulta difícil, literalmente separar su significado del de «lealtad». Ciertamente, alguna explicación autorizada de los deberes de los representantes se refiere al deber de fidelidad como categoría general, dentro de la que pueden distinguirse a su vez, los deberes de lealtad. A la vista del contenido del precepto, podría sostenerse lo anterior, aunque en tal caso no se explica por qué aparece después del nuevo artículo 127. Por lo demás, el valor normativo de este nuevo artículo 127 bis es nulo: que los administradores deben cumplir la Ley y los estatutos de acuerdo con el interés social parece obvio, y desde luego la búsqueda de éste es común a los deberes de diligencia y de lealtad, aparece impuesta por la propia configuración de la relación orgánica del administrador con la sociedad. Y en cuanto a la «aclaración» de que el interés social ha de entenderse como interés de la sociedad, parece impropia de cualquier texto legal”. La actual Ley de Sociedades de Capital sólo hace referencia al deber de lealtad y recoge el contenido de los denominados deberes de lealtad y fidelidad, regulados por la antigua Ley de Sociedades Anónimas, mediante los actuales artículos 226 a 231.

¹⁷⁰⁵ Véase el artículo 127.1. *in fine* (actual artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital –en la primera parte de este artículo se hace referencia al desempeño del cargo como un “representante leal”–) y 127 ter. (actuales artículos 227 a 231 de la Ley de Sociedades de Capital). En los deberes de lealtad se han incluido los típicos del gobierno corporativo.

La actual Ley de Sociedades de Capital recoge el contenido de este artículo en los artículos 227 (que hace referencia a la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador), 228 (que hace referencia a la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio), 229 (que se ocupa de las situaciones de conflicto de intereses), 230 (que prohíbe la competencia) y 231 (que determina a quienes se consideran personas vinculadas a los administradores). Para un estudio más detallado de las prohibiciones contenidas en los artículos citados puede consultarse DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., págs. 167-183. En opinión de este autor la inserción en el TRLSA de este artículo 127 ter supuso una importante novedad, fue introducido por la

actual Ley de Sociedades de Capital solamente hace referencia a los deberes de diligencia, lealtad y secreto, poniendo fin a la diferenciación entre el deber de fidelidad y lealtad) y, en consecuencia, la nueva redacción de la materia, relativa a la responsabilidad de los administradores, contiene una cláusula general de responsabilidad más amplia que abarca los nuevos conceptos incorporados y que es similar a la contenida en el RESE¹⁷⁰⁷, en la que hace referencia a los actos u omisiones realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo¹⁷⁰⁸.

Pero el hecho de que la Ley 26/2003, de 17 de julio, haya regulado el contenido de ese deber general con mayor amplitud que los textos precedentes no agota el contenido de los deberes que deben considerarse como inherentes a las funciones propias de los miembros de los órganos, según el sistema de administración por el que se haya optado. En una materia tan compleja y difícil de prever a priori, siempre habrá algún espacio o situación concreta que no tengan reflejo legal, cuya exigibilidad deba ser objeto de la correspondiente valoración¹⁷⁰⁹. Debo puntualizar, una vez más, que los deberes exigibles se configurarán de diferente manera en función del sistema de administración por el que se haya optado y de la posición del órgano de que se trate en cada caso, de acuerdo con las funciones que tenga encomendadas¹⁷¹⁰.

Ley de transparencia siguiendo las recomendaciones del informe Aldama e inspirándose en los artículos 123 a 127 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles y en él se recogen diversos supuestos que se califican como deberes de lealtad, dichos deberes constituyen concretas manifestaciones del deber general de anteponer el interés social al de los administradores, en virtud del cual éstos deberán de abstenerse de obtener cualquier beneficio personal a expensas de la sociedad.

¹⁷⁰⁶ Véase el artículo 127 quáter (actual artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital), referido al deber de secreto. Este deber alcanza a los administradores aún después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones, aunque se excepcionan, del deber de guardar secreto, los supuestos en que “las leyes permitan su comunicación o divulgación a tercero o que, en su caso, sean requeridos o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión, en cuyo caso la cesión de información deberá ajustarse a lo dispuesto por las leyes”.

¹⁷⁰⁷ Véanse los artículos 133.1 del TRLSA (actual artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital) y 51 del RESE. En ambos artículos se contienen los supuestos típicos de la responsabilidad: la realización de un daño, la culpa o el incumplimiento, y el nexo de causalidad entre ambos. Tal y como recoge ALONSO ESPINOSA, F. J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en sus elementos configuradores*, Thomson-Cívitas, 2006, pág. 55, “el nacimiento de la responsabilidad civil del administrador exige la concurrencia simultánea en el supuesto de hecho de los siguientes elementos: a) la infracción de deberes propios del cargo de administrador o antijuridicidad de su conducta, que actúa como criterio objetivo de imputación de responsabilidad; b) la culpa, como elemento subjetivo de imputación de responsabilidad; c) el daño, o existencia de perjudicado; d) la relación de causalidad entre la conducta lesiva y el daño causado”.

¹⁷⁰⁸ El antiguo artículo 133.1 del TRLSA, empleaba la fórmula “actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo”; el actual artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital hace referencia a “los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”. Por tanto se trata de actuaciones culpables o negligentes en el desempeño del cargo, dentro de este supuesto encajaría, también, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones contempladas en el artículo 1.101 del CC, el cumplimiento y ejecución de los acuerdos de la Junta general, correspondiéndoles como obligación principal la de defender la integridad del patrimonio empresarial encomendado a su gestión. Véase POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 290-291.

¹⁷⁰⁹ Cabe citar, por ejemplo, el deber de ejecutar los acuerdos de la Junta general, el de impugnarlos en su caso, el de investigar y contrastar como variante del de estar informado, el de asistir y participar, etc., son manifestaciones de lo dicho en tanto que no están en el texto legal pero forman parte de lo exigible según la diligencia, fidelidad o lealtad. QUIJANO GONZÁLEZ, J. “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 747. En relación con los acuerdos de la Junta general como fuente de obligaciones para los administradores de las sociedades de capital, puede consultarse DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., págs. 111-118.

¹⁷¹⁰ De forma que el contenido de los deberes de diligencia, fidelidad, lealtad, etc., deberá ajustarse en función de lo que es exigible en cada caso. Así, para los miembros del órgano de dirección, en la función de gestión; para los miembros del órgano de control, en la función de supervisión; para los miembros del Consejo de administración, en la función que corresponda según haya delegación o no, pues si no la hay, todos los miembros desempeñan funciones de gestión y dirección en forma colegiada y si la hay, los miembros

Finalmente, señalaré que la cláusula general de responsabilidad, contenida en el RESE¹⁷¹¹, también hace referencia al nexo causal que debe de existir entre la acción u omisión llevada a cabo y el perjuicio sufrido como consecuencia de dicha acción. La citada cláusula estipula que el perjuicio sufrido por la SE ha de deberse al incumplimiento de las obligaciones a las que me he referido en los párrafos precedentes.

En cuanto a las SE que decidan fijar su domicilio en España, la Ley 19/2005 establece que las disposiciones sobre responsabilidad previstas para los administradores de las sociedades anónimas españolas serán de aplicación a los miembros de los órganos de administración, de dirección y del Consejo de control de las mismas, en el ámbito de sus respectivas funciones¹⁷¹². Por tanto, en principio el órgano de dirección responderá de la gestión y el Consejo de control de la dirección y vigilancia en los términos establecidos en el RESE y en Capítulo IV del Título XII de la Ley de Sociedades de Capital (sección 3ª del Capítulo XII de la antigua Ley de Sociedades Anónimas). No obstante, la aplicación de este régimen presentará dificultades a la hora de delimitar las responsabilidades de los miembros del Consejo de control, sobre todo, en los supuestos en que éstos hayan procedido a la autorización de determinadas operaciones en virtud de lo previsto en dichos textos legales¹⁷¹³.

En consecuencia, el contenido genérico que recoge la Ley 19/2005, en cuanto a la responsabilidad de los diversos órganos “en el ámbito de sus respectivas funciones”¹⁷¹⁴, exigirá un examen detallado de las funciones atribuidas a cada uno de los órganos, según el

delegados asumen esa tarea y los no delegados la de control. Véase QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 748.

¹⁷¹¹ Concretamente en el artículo 51. La cláusula general contenida en este artículo del RESE es de carácter prioritario y de aplicación directa. Se trata de una responsabilidad subjetiva, de naturaleza civil y vinculada a los daños sufridos por la SE como consecuencia de la conducta negligente en el cumplimiento de sus obligaciones, cuyo efecto consistirá en la obligación de resarcimiento a la SE por los daños patrimoniales causados.

¹⁷¹² Según lo dispuesto en el artículo 335, añadido al TRLSA en virtud de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España (actual artículo 490 de la Ley de Sociedades de Capital). Esta remisión implica la aplicación a los miembros de los diversos órganos de la SE, en función del sistema de administración por el que se opte, de lo dispuesto, no sólo en los artículos 236 a 240 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 133 y 134 de la Ley de Sociedades Anónimas) sobre la acción social de responsabilidad, sino también en el artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas) sobre la acción individual de responsabilidad, así como en los artículos 367 (antiguo artículo 262.5. de la Ley de Sociedades Anónimas) y 360.1.b) de la Ley de Sociedades de Capital, y en el artículo 172 bis de la Ley Concursal (antiguo artículo 172.3).

¹⁷¹³ Véanse los artículos 48 del RESE y 489 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 334 del TRLSA). El artículo 48 del RESE contiene un mandato de regulación para que por vía estatutaria se enumeren las operaciones que deban de quedar sometidas a autorización del órgano de control en los sistemas duales o requieran un acuerdo expreso del Consejo de administración en pleno en los sistemas monistas. Igualmente, otorga a los Estados miembros una autorización específica mediante la cual pueden facultar al órgano de control para que éste pueda exigir que se sometan a su autorización determinadas categorías de operaciones o bien puede el propio Estado miembro fijar las operaciones que como mínimo deberán figurar en los estatutos de las SE que se establezcan en su territorio. El legislador español, haciendo uso de esta autorización específica, ha establecido que “el Consejo de control podrá acordar que determinadas operaciones de la Dirección se sometan a su autorización” (artículo 489 de la Ley de Sociedades de Capital – antiguo artículo 334 del TRLSA–).

¹⁷¹⁴ La referencia contenida, tanto en el artículo 51 del RESE, como en el artículo 490 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 335 del TRLSA) a “las funciones de cada órgano”, pone en relación el conjunto de deberes que competen a cada órgano y que se imponen a cada miembro del mismo, que puede verse obligado a responder si incumple dichos deberes. Sin embargo, no se contempla, en materia de responsabilidad, ninguna referencia a las posibles competencias distribuidas internamente entre los miembros de un órgano de administración de entre las que están a cargo de dicho órgano. En cuanto a esta temática puede consultarse: BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P., “Responsabilidad de los miembros de órganos de administración de la SE domiciliada en España: los artículos 51 del RESE y 335 del TRLSA”, *Noticias de la Unión Europea*, número 270, julio 2007, págs. 11-13.

sistema de administración por el que se opte, a efectos de determinar las funciones que corresponden a cada órgano en relación con el posible incumplimiento de las mismas, proceso que, a mi juicio, puede entrañar gran complejidad pero que, obviamente, habrá que plantearse antes del ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad para determinar la legitimación pasiva. También, es de destacar, en esta materia, la labor que, sin duda, deberán de llevar a cabo los Juzgados y Tribunales en cuanto a la interpretación de qué funciones son las que deben considerarse propias de cada órgano en los casos concretos que se sometan a su enjuiciamiento.

Lo cierto es que en las primeras propuestas de estatuto de SE se dispensaba al tratamiento de la responsabilidad de los miembros de los órganos de la SE una regulación bastante completa, donde se recogía no sólo la responsabilidad por daño al patrimonio de la SE, sino también, por daños a los socios y terceros¹⁷¹⁵. Sin embargo, en el texto definitivamente aprobado por el RESE se recoge, de manera escueta, los presupuestos que desencadenan la responsabilidad social, con remisión a las legislaciones nacionales para la integración de su régimen, así como para el establecimiento de cualquier otra responsabilidad. Ante este panorama lo deseable sería que nuestro legislador nacional hubiera regulado la materia con cierto detalle, dando respuesta a las incógnitas que puedan plantearse por la introducción del sistema dual en nuestro Derecho, no obstante, como ya he indicado en párrafos precedentes, se ha limitado a declarar la aplicabilidad, a los miembros de órganos de administración de la SE, de las normas sobre responsabilidad de administradores de sociedades anónimas¹⁷¹⁶.

Se puede decir que los redactores del RESE sustituyeron el objetivo original de incluir en el texto una regulación completa por el de limitarse a una regulación de mínimos. Esta regulación contiene una mención expresa de la responsabilidad por daños a la SE y excluye la mención a cualquier otra responsabilidad. Por tanto, limitaron la eficacia uniformadora de su regulación a la acción por daños al patrimonio social de la SE. En consecuencia, el RESE establece, expresamente, como mínimo exigible en el régimen aplicable a la SE con independencia de su domicilio¹⁷¹⁷, la responsabilidad de los miembros de los órganos por los daños causados en el patrimonio social de la SE, el resto de las responsabilidades en que puedan incurrir los miembros de los órganos de administración de la SE dependerá de la legislación nacional¹⁷¹⁸.

Considero que nuevamente deberemos de acometer la tarea de complementar e integrar esta cláusula general de responsabilidad, que contiene el RESE y que será de aplicación a todas las SE con independencia del Estado miembro donde se establezcan, con las disposiciones nacionales que fueran de aplicación a las sociedades anónimas del lugar donde se domicilie la SE, por lo que una vez más debo señalar la influencia que la diversidad legislativa puede tener a la hora de constituir una sociedad de este tipo, pues en mi opinión un tema de tanta trascendencia como es la responsabilidad de los miembros de los órganos puede dar lugar a que se busque la regulación más conveniente a los intereses de los fundadores.

¹⁷¹⁵ Véanse los artículos 72-a y 81-a del Proyecto de 1975. El artículo 72-a regulaba la responsabilidad de los miembros del Comité de dirección frente accionistas y terceros y el artículo 81-a regulaba esta misma responsabilidad pero en relación con los miembros del Consejo de vigilancia.

¹⁷¹⁶ Véase BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P., “Responsabilidad de los miembros de órganos de administración de la SE domiciliada en España: los artículos 51 del RESE y 335 del TRLSA”, ya cit., pág. 5.

¹⁷¹⁷ Al ser esta una materia regulada, aunque sea en parte, por el RESE y que fija un mínimo exigible de aplicación en todos los Estados miembros, obligará a los Estados miembros, que eventualmente no dispongan de legislación en la materia, a incluir su tratamiento en las normas sobre las SE domiciliadas en su territorio.

¹⁷¹⁸ BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P., “Responsabilidad de los miembros de órganos de administración de la SE domiciliada en España: los artículos 51 del RESE y 335 del TRLSA”, ya cit., págs. 9 y 10.

Seguidamente, procederé a un estudio detallado de esta materia en la legislación española, ya que dejando siempre a salvo, claro está, el sistema de mínimos impuesto por la clausula general contenida en el RESE que será de aplicación directa a todas las SE con independencia del lugar donde decidan establecer su domicilio social, los miembros de los órganos de dirección, de control o de administración de las SE que decidan establecerse en España quedarán sometidos al régimen de responsabilidad que es de aplicación a las sociedades anónimas nacionales, en virtud de lo dispuesto en la Ley 19/2005¹⁷¹⁹.

2. DISPOSICIONES DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA QUE INTEGRAN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE A LOS MIEMBROS DE LOS ÓRGANOS DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EUROPEAS DOMICILIADAS EN ESPAÑA

Una vez examinada, en el apartado precedente, la cláusula general de responsabilidad contenida en el RESE¹⁷²⁰, debemos remitirnos, para complementar el régimen de responsabilidad de los miembros de los diversos órganos de la SE, a “las disposiciones del Estado miembro donde esté domiciliada la SE aplicables a las sociedades anónimas”¹⁷²¹.

El modelo de regulación de responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas españolas va más allá de la función resarcitoria, porque además, sobre todo, después de la reforma operada por la Ley 26/2003, de 17 de julio, que viene a reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, podemos decir que cumple una función de control de la actividad de los administradores sociales, a priori como instrumento que lleve a los administradores a observar conductas que no resulten lesivas y, a posteriori porque sirve para establecer el cumplimiento de la legalidad en el desarrollo de su actividad como miembros de la administración¹⁷²².

¹⁷¹⁹ A tenor de lo establecido en el artículo 335 (actual artículo 490 de la Ley de Sociedades de Capital). El legislador español, se ha limitado a extender a los miembros de los órganos de administración, dirección y Consejo de control el régimen de responsabilidad contemplado en nuestra Ley de Sociedades de Capital para los administradores de nuestras sociedades anónimas nacionales, puntualizando que dicha responsabilidad deberá de ser contemplada en “el ámbito de sus respectivas funciones”. Lo deseable habría sido que esta temática hubiera sido regulada con mayor detalle, principalmente en relación con los miembros del Consejo de control del sistema dual, que es un sistema desconocido en nuestra legislación societaria, puesto que, aunque el Consejo de control en ningún caso puede desempeñar directamente funciones de gestión, no debemos olvidar que es el órgano facultado, tanto para el nombramiento de los miembros de la Dirección, como para vigilar la gestión llevada a cabo por dicho órgano de dirección y en consecuencia, puede serle imputable una culpa tanto *in eligendo* como *in vigilando*.

¹⁷²⁰ Véase el artículo 51. Este artículo contiene una regulación de mínimos, recogiendo expresamente la responsabilidad por daños a la SE y excluyendo la mención a cualquier otra responsabilidad, por tanto la eficacia uniformadora del RESE, en esta materia, ha quedado reducida a la regulación de la acción por daños al patrimonio social de la SE que constituye el mínimo exigible en el régimen aplicable a la SE con independencia de su domicilio, el resto de las responsabilidades, en que puedan incurrir los miembros de los órganos de la SE, dependerá de la legislación nacional del lugar donde la SE decida establecer su domicilio social.

¹⁷²¹ La Ley de Sociedades de Capital contempla para las sociedades anónimas españolas un doble sistema de responsabilidad: una responsabilidad subjetiva, basada en la falta de diligencia exigible a “un ordenado empresario y representante leal” (artículos 225.1 y 226 –antiguo artículo 127 del TRLSA–) y otra objetiva o legal en sentido estricto, cuando sus actos falten a sus obligaciones estatutarias o legales, entre las que se encuentra la prevista en el artículo 367 (antiguo artículo 262.5. del TRLSA). Véase MAIRATA LAVIÑA, J., “Responsabilidad de los administradores y situaciones concursales”, *Derecho de sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pág. 1384.

¹⁷²² Véase ALONSO ESPINOSA, F. J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en sus elementos configuradores*, ya cit., págs. 24-28. Este autor dice que junto a las funciones indicadas, el modelo de responsabilidad establecido por nuestra legislación “pretende también cumplir dos funciones de carácter más secundario, no por ello exentas de importancia. Por una parte, el sistema trata de

Las disposiciones de la legislación española que completan el régimen de responsabilidad para los miembros de los órganos de las SE, se contienen en los artículos 236 a 241 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 133, 134 y 135 del TRLSA). El régimen establecido por estos artículos tiene carácter imperativo y, por tanto, no son admisibles cláusulas estatutarias o de cualquier otra naturaleza que, de modo directo o indirecto, excluyan o reduzcan sus presupuestos y ámbito legal de aplicación. Si es que tales regímenes convencionales pretenden ser aplicables o eficaces respecto de la sociedad administrada, sus socios o terceros... han de considerarse inoponibles a los sectores de interesados objetivos protegidos por la regulación (sociedad, socios y terceros) a causa de su contravención de la ley y del orden público societario (artículos 28 y 205.1 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguos artículos 10, 116.1 del TRLSA–)¹⁷²³. A mayor abundamiento, la Ley 19/2005 declaró de aplicación a los miembros de los órganos de administración, de dirección y del Consejo de control, en el ámbito de sus respectivas funciones, las disposiciones sobre responsabilidad previstas para los administradores de las sociedades anónimas¹⁷²⁴.

El primero de estos artículos regula, en el primer apartado (artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 133.1 del TRLSA–), los contenidos básicos de la responsabilidad (daño, acción u omisión causante de dicho daño, nexo causal)¹⁷²⁵, aunque, estos aspectos son los que justamente regula el RESE que, obviamente, es de aplicación directa y prioritaria en todos los Estados miembros. Se observa alguna variación en cuanto a los sujetos legitimados para exigir la responsabilidad¹⁷²⁶, pues la legislación española

cumplir una función ético educativa o moralizadora de la conducta del administrador... Por otra parte, el citado modelo social de responsabilidad civil exige al administrador la tarea personal de permanente formación o de adquisición y actualización de los conocimientos, competencias, aptitudes y destrezas generales y especiales precisas para el adecuado cumplimiento de su cargo”.

¹⁷²³ ALONSO ESPINOSA, F. J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en sus elementos configuradores*, ya cit., pág. 29.

Una vez más, haré la observación de que estas disposiciones están pensadas para regular la responsabilidad de los administradores en un sistema monista en el que puede haber o no delegación y que el legislador español se ha limitado a declararlas de aplicación a los miembros de los diversos órganos de las SE que decidan establecerse en España en el ámbito de sus respectivas funciones (artículo 490 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 335 del TRLSA–), y por tanto será necesario llevar a cabo la tarea de adecuación a cada órgano en cuestión en función de su composición, organización, cometido a desarrollar, etc.

¹⁷²⁴ Según lo dispuesto en el artículo 335 del TRLSA (actual artículo 490 de la Ley de Sociedades de Capital). Hubiera sido deseable que, al ser el sistema dual un sistema desconocido en nuestro ordenamiento jurídico, el legislador español hubiese regulado con más amplitud y detalle el régimen de responsabilidad de los miembros de los órganos de dirección y del Consejo de control, en lugar de remitirse a lo previsto para los administradores de las sociedades anónimas nacionales, pues los principios configuradores de ambos sistemas, así como la clara separación de funciones entre el órgano de dirección y control no son asimilables a las del Consejo de administración del sistema monista, aun cuando haya delegación de facultades, puesto que el sistema de delegación contemplado en nuestra Ley de Sociedades de Capital tiene carácter orgánico y el Consejo de administración no pierde las facultades delegadas.

¹⁷²⁵ Con arreglo a la norma deben de concurrir una serie de elementos para que se dé la imputación de la responsabilidad, de manera que el daño causado sea debido a una conducta antijurídica (violación de las normas legales o estatutarias) o al incumplimiento de los deberes propios del cargo (entre los que se encontraran los de diligencia, fidelidad, lealtad, secreto) que además, la conducta sea culposa y que haya una relación de causalidad entre la conducta lesiva y el daño causado. En cuanto a los presupuestos de la responsabilidad puede consultarse POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 287-293; ALONSO ESPINOSA, F. J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en sus elementos configuradores*, ya cit., págs. 56-88; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 294-306; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., págs. 209-229.

¹⁷²⁶ En efecto, según lo dispuesto en el artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 133.1 del TRLSA): “los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales...”. Se está haciendo referencia a los daños causados en el patrimonio de la sociedad y no a los que se causen directamente a los socios o acreedores, puesto que la posibilidad de accionar contra los administradores por daños causados directamente a los socios y terceros está recogida en el artículo 241 de la

permite que los accionistas y terceros reclamen la responsabilidad de los administradores a efectos de compensar a la sociedad por los perjuicios sufridos¹⁷²⁷. Entiendo que en las SE domiciliadas en España los accionistas y terceros estarán legitimados para ejercitar la acción social de responsabilidad, ya que el propio RESE dice que los miembros de los diversos órganos de la SE responderán “según las disposiciones del Estado miembro donde esté domiciliada la SE aplicables a las sociedades anónimas ...”, la Ley 19/2005 declaró de aplicación a los miembros de los diversos órganos de la SE “las disposiciones sobre responsabilidad previstas para los administradores de las sociedades anónimas...”, además, y en definitiva, tal legitimación es un aspecto procedimental que no afecta a los aspectos sustantivos de la responsabilidad recogidos por el RESE y que tiene como fin último la reparación del perjuicio ocasionado.

Asimismo, se extiende expresamente¹⁷²⁸ la responsabilidad a las personas que actúen como administradores de hecho¹⁷²⁹. La aplicación a las SE de este supuesto resultará compleja y peculiar. En las SE que opten por un sistema dual de administración o monista con delegación facultades, la delimitación entre miembros de hecho de gestión y control o miembros de hecho ejecutivos y no ejecutivos, máxime, teniendo en cuenta la posible intromisión funcional interorgánica, hará, sin lugar a dudas, que la delimitación de la responsabilidad de los miembros (administradores de hecho) de cada órgano sea una tarea ardua y compleja. Todo ello, sin olvidar que en los grupos de sociedades la sociedad matriz

Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 135 del TRLSA). Se trata de reparar los daños ocasionados a la sociedad, aunque, indirectamente, al reintegrarse el patrimonio social, se verán favorecidos tanto los socios como los acreedores.

¹⁷²⁷ A tenor de lo previsto en los artículos 239 y 240 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 134.4 y 5 del TRLSA). Con carácter subsidiario se legitima tanto a los accionistas que representen al menos el cinco por ciento del capital social, en determinadas circunstancias, para entablar la acción social de responsabilidad. Igualmente y con el mismo carácter subsidiario los acreedores, cuando la acción no haya sido entablada ni por la sociedad, ni por los accionistas, podrán ejercerla, siempre y cuando el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos. Asimismo, el artículo 48.2 de la Ley Concursal (antes de su modificación por la Ley 38/2011, de 10 de octubre) legitimaba, sin que se requiriera acuerdo previo de la Junta general, a los administradores concursales para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. El actual artículo 48 quáter, añadido por la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal, establece que, una vez declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores.

¹⁷²⁸ Véase el artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 133.2 de la Ley de Sociedades Anónimas). La Ley 26/2003, de 17 de julio (denominada Ley de transparencia), por la que se modificó la Ley de Mercado de Valores y el TRLSA, introdujo un cambio importante en este artículo, reconociendo, por primera vez en el ordenamiento societario español, la figura del administrador de hecho y la responsabilidad derivada de su actuación.

¹⁷²⁹ Son considerados administradores de hecho los administradores cuyo nombramiento es irregular o ha caducado o, bien aquellas personas físicas o jurídicas que sin nombramiento ejercen funciones de administración de forma efectiva. Podemos calificar al administrador de hecho como la persona que efectúa una actuación semejante a quienes formalmente ostentan con arreglo a la ley la condición de administrador. Sobre la figura del administrador de hecho, véase LATORRE CHINER, N., “El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 253, julio-septiembre 2004, págs. 853-899; MARTÍNEZ SANZ, F., “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, ya cit., págs. 54-68; MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, ya cit., págs. 85-87; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 292-294; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., págs. 241-254. Este autor opina que para definir a la figura del administrador de hecho “...debe optarse por una posición funcionalista, desechando la formalista, de la figura de administrador de hecho, considerando, en consecuencia, como tal tanto a los que, ocupan formalmente el cargo, pero su designación está afectada de un vicio, de fondo o de forma, que la hace nula, como a los que, sin ocupar formalmente el cargo, de hecho controlan y gobiernan a la sociedad sustituyendo a los administradores o ejerciendo sobre ellos una influencia decisiva. Entre los administradores de hecho merece especial interés el denominado administrador indirecto... El administrador oculto o indirecto, a diferencia del aparente es aquel que controla de hecho la gestión social pero no actúa directamente sino a través de los administradores de derecho, ejerciendo sobre los mismos una influencia decisiva”.

o dominante controla y dirige a las filiales del grupo¹⁷³⁰ y que, por tanto, en la práctica, puede llegar a ser considerada como administradora de hecho de las filiales¹⁷³¹.

En el RESE, como ya hemos visto, no se contiene ninguna referencia relativa a la responsabilidad de administradores en estructuras de grupos de sociedades, si bien en Derecho societario español podemos basar la exigencia de una responsabilidad de este tipo en la figura del administrador de hecho, puesto que nuestra legislación nacional extiende, expresamente, la responsabilidad de los administradores a quien actúe como administrador de hecho de la sociedad y, a mayor abundamiento, se contempla la figura del administrador de hecho con un criterio amplio en el que cabe incluir la posible influencia del socio mayoritario o único del órgano de administración de la sociedad dominante, o de terceros que ostentan una especial posición de dominio que les lleva a convertirse en administradores ocultos a quienes cabe atribuir, en última instancia, la toma de decisiones¹⁷³².

Lo relevante es actuar de hecho como administrador, sea cual sea la posición desde la que se haga, de manera que cuando eso ocurre, quien actúa como tal está sometido a los mismos deberes que quienes formalmente ostentan la condición de administrador y es responsable del daño causado por su incumplimiento¹⁷³³.

Asimismo, se establece la responsabilidad solidaria de los miembros de los órganos de administración (cuando se trate de órganos colegiados); obviamente, la aplicación de dicha norma para las SE se hará en relación con cada órgano, según el sistema por el que se

¹⁷³⁰ Tal y como recogen EMBID IRUJO, J. M. y GIRGADO PERANDONES, P., “Aproximación al significado jurídico de los órganos de grupo de sociedades. Especial referencia al papel de la Junta general”, *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, EMBID IRUJO, J. M., (coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 312: “...se ha producido una «cesión de competencias» entre las sociedades del grupo; de manera implícita, como sucede en los grupos jerárquicos mediante el establecimiento unilateral de la dirección unitaria, o de manera explícita y negociada, como acontece en los grupos paritarios. El traslado de funciones de dirección a este nuevo ámbito –la dirección unificada del grupo-, no susceptible, desde luego, de ser calificado como «órgano», ha sido visto por algunos autores como extraño al interés de las sociedades que integran el grupo. Sin embargo, no parece del todo correcta esta opinión; ello se debe a que el órgano de administración de la sociedad dominante o sociedad cabecera del grupo ha terminado asumiendo las competencias relativas a su dirección efectiva, por lo que puede concluirse que, de hecho, la dirección se encuentra inserta dentro del mismo grupo”.

¹⁷³¹ Se debe de tener en cuenta que el artículo 2.2 del RESE regula el acceso a la figura de la SE mediante la constitución de una sociedad *holding* y el apartado 3 de este mismo artículo lo hace mediante la posibilidad de constituir una filial, lo que implica la utilización de estructuras de grupo.

En relación con la responsabilidad de miembros de órganos de administración de SE que forman parte de un grupo de sociedades resulta interesante consultar, BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P., “Responsabilidad de los miembros de órganos de administración de la SE domiciliada en España: los artículos 51 del RESE y 335 del TRLSA”, ya cit., págs. 16 y 17.

¹⁷³² En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 338, dice: “...a la vista del texto del artículo 133.2 (actual artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital), el cual nos indica no simplemente que el régimen de responsabilidad de los administradores de «hecho» es igual al de los de «derecho», sino que parte de la referencia a la persona «que actúe como administrador de hecho». Esta expresión contenida en el 133.2 (actual artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital), permite entender que la Ley, sin excluir la coexistencia de la responsabilidad por los mismos hechos de los administradores «de hecho» y «de derecho», exige tanto a unos como a otros su actuación como administradores. Siendo esto así, se ha de entender que la persona que permanece oculta ha de actuar como administrador para que se la pueda comprender dentro de la figura de «administrador de hecho»”.

¹⁷³³ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 751. En el mismo sentido MARTÍNEZ SANZ, F., “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, ya cit., pág. 58; JUSTE MENCÍA, J., “En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 14, 2000, pág. 452; LATORRE CHINER, N., “El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA”, ya cit., págs. 862-863; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., págs. 253-254.

haya optado¹⁷³⁴. En el sistema monista responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, aunque habrá que tener en cuenta la estructura interna del órgano (miembros ejecutivos y no ejecutivos, consejeros delegados, Comisiones ejecutivas, etc.), puesto que la diferenciación de funciones puede implicar responsabilidades distintas, no sólo en cuanto al título de la exigencia (responsabilidad por la acción de gestión o responsabilidad por falta de vigilancia, instrucción, etc.), sino también, en cuanto a la determinación de la propia responsabilidad¹⁷³⁵. En el sistema dual, los miembros del órgano de dirección responderán solidariamente por los actos u omisiones llevados a cabo en el ámbito de la gestión y los del órgano de control por la supervisión de la gestión, pero la solidaridad conjunta de los miembros de ambos órganos puede darse en el supuesto de que el daño causado, por la acción del órgano de gestión, no se hubiera producido si el órgano de control hubiera ejercido correctamente las funciones de vigilancia que le competen¹⁷³⁶.

La cláusula de solidaridad establecida se quiebra en los supuestos que el propio artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 133.3 del TRLSA) recoge, ya que, mediante la inversión de la carga de la prueba este artículo permite a los miembros de los órganos, que no hayan intervenido en la adopción y ejecución del acto lesivo y que

¹⁷³⁴ Los Proyectos anteriores también establecían la responsabilidad solidaria. El artículo 71.1 del Proyecto de 1970 y el artículo 71.2 del Proyecto de 1975, en cuanto a los miembros del órgano de gestión y el artículo 81.1 del Proyecto de 1970 y el artículo 81.2 del Proyecto de 1975, en cuanto a los miembros del órgano de control; y el artículo 77.2 de los Proyectos de 1989 y 1991, para los miembros de cualquiera de los órganos de ambos sistemas de administración.

¹⁷³⁵ En el sistema de administración contemplado en la Ley de Sociedades de Capital para nuestras sociedades anónimas (sistema monista), la delegación de facultades tiene carácter concurrente, lo que no implica que, en la práctica, los actos de administración ordinaria sean desempeñados por los delegados, de ahí que el propio artículo 237 (antiguo artículo 133.3 del TRLSA) posibilite la exoneración de los miembros que prueben que, no han intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo lesivo y que desconocían su existencia o, que conociéndola, hicieron lo posible para evitar el daño o que al menos, se opusieron al acto lesivo.

Tal y como recoge ALONSO ESPINOSA, F. J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en sus elementos configuradores*, ya cit., págs. 47 y 48: “la delegación es una técnica de organización que facilita al Consejo de administración el adecuado cumplimiento de sus funciones, pero los administradores delegados guardan dependencia respecto del Consejo en virtud de su subordinación, por lo que no se produce una drástica separación de deberes sino, más bien concurrencia en el ejercicio de las funciones de los administradores.

La práctica de la delegación de facultades, por disposición estatutaria o por voluntad del propio Consejo, en un órgano colegiado o unipersonal conlleva un reparto de las facultades administrativas (dejando a salvo, claro está, las facultades que son indelegables artículo 249.2 de la Ley de Sociedades de Capital – antiguo artículo 141 del TRLSA–) y a pesar de que el Consejo no pierde las facultades delegadas y de que debe de ejercer funciones de vigilancia e intervención en relación con los órganos delegados, lo cierto es que, en las operaciones correspondientes a la gestión ordinaria de la sociedad, la actuación del órgano delegado puede ser independiente de la del Consejo. En consecuencia, el régimen de responsabilidad de los administradores deberá de tener en cuenta estos supuestos, es decir, el incumplimiento de los deberes propios de los administradores delegados y de los no delegados”. En este mismo sentido DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., pág. 290, señala: “en resumen los delegados incurrirán en responsabilidad y vendrán obligados a indemnizar a la sociedad por el daño que le causen por los actos que realicen incumpliendo las instrucciones recibidas del Consejo o sobrepasando los límites fijados para la delegación que les ha sido realizada. Naturalmente esa responsabilidad no alcanzará a los demás administradores. En la esfera externa, lo actuado por los delegados, incumpliendo las instrucciones recibidas o sobrepasado los límites de la delegación, es válido y en la esfera interna constituye un claro supuesto de responsabilidad de quienes así actuaron”.

En relación con los deberes y responsabilidades tanto de los órganos delegados como de de los consejeros que no forman parte de los órganos delegados, puede consultarse SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 325-330.

¹⁷³⁶ Una manifestación clara de responsabilidad conjunta de todos los miembros de ambos órganos puede producirse en los supuestos recogidos en el artículo 48 del RESE, en las operaciones que legal, estatutariamente o a instancias del propio órgano de control, queden sometidas a su autorización.

desconocían su existencia o, que conociéndolo hicieron lo posible para evitar el daño o que al menos, se opusieron al acto lesivo, escapar de la responsabilidad solidaria¹⁷³⁷.

¹⁷³⁷ El ámbito de eficacia de estas causas excluyentes de la imputación presunta y colectiva de la responsabilidad es de carácter personal, se trata de una lista cerrada y no pueden ser excluidas ni ampliadas por disposiciones estatutarias, la limitación legal de estas causas opera *ad extra*, y son también de aplicación a la modalidad de administración mancomunada. Estas llamadas cláusulas liberatorias de la responsabilidad cabe calificarlas “por una parte como supuestos de falta de participación en la conducta antijurídica de la que resulta el daño y, por otra, como casos de inexistencia de la relación causal entre la conducta del administrador y el daño considerando, en ambos casos, el modelo legal de diligencia exigible”. Véase ALONSO ESPINOSA, F. J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en sus elementos configuradores*, ya cit., págs. 93-96 y 105-106. Tal y como recoge POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 305-306: “...sólo probando su oposición expresa *in situ* al acuerdo causante del daño y su posterior impugnación, o, en otro caso, la justificación de la causa que le impidió asistir y la posterior impugnación del acuerdo de que se trate o su ocultación deliberada por el resto de los administradores, debería el administrador ser exculpado de su responsabilidad. La simple prueba del desconocimiento del acuerdo no sólo es peligrosa y fomentadora del desinterés y absentismo de los administradores, sino que, de admitirse, deberá acompañarse de la necesidad de probar asimismo que se empleó la debida o adecuada diligencia en conocerlo”.

Del tenor literal del artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 133.3 del TRLSA) parece desprenderse que las causas de exoneración se centran principalmente en tres supuestos, siempre y cuando el administrador no haya intervenido positivamente en la adopción o en la ejecución del acuerdo: 1. Que el administrador desconocía su existencia; 2. Que el administrador hizo todo lo conveniente para evitar el daño; 3. Que, al menos, el administrador se haya opuesto expresamente al acuerdo. Según GARCÍA VILLAVERDE, R., el legislador establece tres supuestos específicos que contienen requisitos complementarios para que pueda darse la exoneración; respecto a la no intervención en la realización del acto o en la adopción del acuerdo lesivo para la sociedad, considera que el legislador se está refiriendo a los supuestos de inasistencia a la reunión del órgano administrativo, inasistencia que debe de estar justificada, aunque, hay que tener en cuenta que se extiende el desconocimiento a la ejecución de los actos, lo que implica referir el desconocimiento no sólo al momento anterior al acuerdo, sino también al posterior; en cuanto al desconocimiento de la existencia del acto o negocio lesivo para la sociedad, considera que este requisito, acumulado al de no participar en el acuerdo, resulta en buena medida reiterativo, puesto que su ámbito se limita a los casos de inasistencia a la reunión o de no participación en los actos de ejecución en los que la justificación de dicha inasistencia o inexecución está en el desconocimiento no culpable de los mismos o de la realización del acto en los términos anteriormente expuestos; en lo tocante al administrador que conociendo la existencia del acto o acuerdo lesivo para la sociedad, hace todo lo conveniente para evitar el daño, opina que nos encontramos con un nuevo planteamiento contradictorio, ya que, aunque inicialmente hay que partir del condicionamiento general de no haber participado en el acuerdo, es difícil creer que en los casos de haber votado en contra de un acuerdo o, en los términos antes expuestos, tras haberse abstenido, no siga formando parte de la diligencia debida de los administradores el evitar el daño impidiendo su ejecución y que tal actitud no tenga consecuencia alguna en el campo de la exoneración, puesto que cuando sólo se ha producido el acuerdo y no su ejecución siempre hay posibilidades de actuación en orden a evitar el daño (impugnación, denuncia, etc.), pero una vez ejecutado el acuerdo resulta dificultoso entender cómo se puede evitar el daño; finalmente, respecto al administrador que conociendo la existencia del acto o el acuerdo lesivo para la sociedad, al menos, se opone expresamente a aquel, considera que lo que el legislador ha querido es dar dos opciones para la exoneración, que entran en juego sucesivamente: una la de evitar el daño y otra la de oponerse al acto o acuerdo ya realizados, la expresión «al menos» que se emplea quiere indicarnos que el precepto exige un mínimo para la exoneración que es la oposición, pero tal mínimo sólo podría funcionar cuando no ha funcionado la otra opción, la de evitar el daño, que debe entenderse exigida con preferencia. Véase GARCÍA VILLAVERDE, R., “Exoneración de la responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad limitada por falta de culpa, ya cit., págs. 1342-1349. Sin embargo, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 321-322, considera que el tercer supuesto enunciado por la ley de exoneración del miembro «que al menos se opusiera expresamente al acuerdo lesivo» viene a mitigar el riguroso régimen de responsabilidad que establece, ya que la oposición expresa al acuerdo por parte del administrador, ha de entenderse como un caso diverso a hacer «todo lo conveniente para evitar el daño». Asimismo, resulta interesante el planteamiento que este autor hace sobre la posibilidad de aplicación del tercer supuesto, esto es la exoneración de la responsabilidad al miembro del órgano de administración que «al menos» se opusiera expresamente al acto lesivo, a aquellos casos en que el administrador, aun habiendo votado a favor del acuerdo, se opone a su ejecución, no simplemente mediante su manifestación extrajudicial, sino por medio del ejercicio de la acción de impugnación, entiende que la oposición extrajudicial no debe ser por sí sola causa de liberación del administrador que voto a favor del acuerdo, sin embargo, concede otro alcance a la acción de impugnación, puesto que, en primer lugar, el motivo

La redacción de esta fórmula de exoneración guarda relación directa con el sistema de administración conocido por la legislación española (Consejo de administración), que es el regulado en nuestra Ley de Sociedades de Capital para las sociedades anónimas nacionales, de ahí las expresiones contenidas en la misma: no haber intervenido en la adopción y ejecución de acto o acuerdo lesivo, cuya existencia se desconoce, o bien cuando se conoce, hacer todo lo conveniente para evitar el daño o al menos, oponerse expresamente.

La aplicación de esta cláusula de exoneración en el sistema monista resulta compleja, ya que habrá que tener en cuenta una serie de factores como son: la existencia o no de consejeros delegados, el reparto interno de tareas, las previsiones estatutarias de organización y funcionamiento, las competencias del órgano en pleno, etc., pero su aplicación al sistema dual reviste una mayor complejidad, puesto que entran en juego otros factores de relevante importancia, como son las relaciones interorgánicas entre el órgano de dirección y el de control, las facultades respectivas, el régimen de funcionamiento de cada órgano, etc., factores, todos ellos, que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de decidir sobre la exoneración, bien del conjunto de los miembros de un órgano determinado¹⁷³⁸ o bien, de miembros individualizados de cualquiera de los órganos¹⁷³⁹. En todo caso, esta cláusula de exoneración deberá de adaptarse en función del sistema de administración y órgano de que se trate en cada caso¹⁷⁴⁰.

Finalmente apuntaré la problemática que puede plantearse, en materia de exoneración, en torno a las SE cuando éstas se configuren como parte de la estructura de un grupo de sociedades, en los supuestos de constitución de una SE *holding* o filial¹⁷⁴¹, en

de la impugnación se vincula a uno de los presupuestos de la existencia de la responsabilidad, esto es, que el acuerdo sea contrario a la ley o a los estatutos y, en segundo término, porque la propia ley legitima a todo administrador, sin distinguir si ha votado a favor o en contra, para impugnar los acuerdos del Consejo. Por todo ello, parece que carece de sentido que la ley conceda al administrador la posibilidad de impugnar los acuerdos lesivos y que no le libere de la responsabilidad cuando utilizando esta vía se oponga expresamente a tales acuerdos.

¹⁷³⁸ Una situación de estas características se suscitará, principalmente, en relación con el órgano de control, ya que ante la existencia de un daño producido como consecuencia de la actuación del órgano de dirección, deberá examinarse si, en su caso, una actuación diligente del órgano de gestión en cumplimiento de las funciones de supervisión y vigilancia que le competen, podría haber evitado el resultado lesivo. Tal y como recoge MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, ya cit., pág. 29: “es evidente que el contenido de la prueba de exoneración del administrador variará en función de la propia estructura organizativa de la administración y de otras circunstancias del caso”.

¹⁷³⁹ Tal y como recoge QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 753: “simplemente como hipótesis de trabajo, puede admitirse que el primer tramo de la secuencia exoneratoria (no intervención en la adopción y ejecución, desconociendo la existencia del acto o acuerdo lesivo) jugará más a favor de los miembros del órgano de control en el sistema dual, como pasa con los miembros no delegados del órgano de administración del sistema monista, mientras que el segundo tramo (conociendo su existencia, hacer lo conveniente para evitar el daño o, al menos, oponerse expresamente) tiene más campo de acción respecto de los miembros del órgano decisor, el de dirección en el sistema dual, en paralelo con los miembros delegados del de administración en el monista. Todo ello, obviamente, sin perjuicio de la utilización polivalente e indistinta de cada mecanismo y en cada supuesto, siempre que concurren las circunstancias que hacen oportuna y justificable la exoneración”.

¹⁷⁴⁰ Los proyectos anteriores dedicaban a la posibilidad de exoneración: el artículo 71.2 de los Proyectos de 1970 y de 1975, en cuanto a los miembros del órgano de gestión y el artículo 81.2 de los Proyectos de 1970 y de 1975, en cuanto a los miembros del órgano de control; y el artículo 77.2 de los Proyectos de 1989 y 1991, para los miembros de cualquiera de los órganos de ambos sistemas de administración.

¹⁷⁴¹ Estos supuestos de constitución de una SE se recogen en el artículo 2.2 y 2.3 del RESE. Si bien, algunos autores, basándose en el principio de la unidad de decisión de los grupos de sociedades, consideran posible la exoneración de los administradores de las sociedades dominadas por los actos lesivos que puedan llevar a cabo siguiendo instrucciones de la sociedad dominante, puesto que estiman que si los administradores de una sociedad filial reciben instrucciones de la matriz deben de acatarlas, con independencia de la opinión que les merezcan, por lo tanto lo lógico será que sean exonerados de responsabilidad por los resultados de unos actos a los que vienen obligados. SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores (artículos 123 a 143)”,

función de las posiciones de dominio e influencia que se dan en las relaciones de grupo: situaciones de dominación, posibilidad de impartir instrucciones en defensa de los intereses de grupo, etc. En estos casos habrá que tener en cuenta: los límites del poder de instrucción, el deber de cumplir las instrucciones dadas, los daños ocasionados como consecuencia de las instrucciones dadas por la sociedad dominante, etc.

Como colofón al tema de la solidaridad haré referencia a la posibilidad de ejercer el derecho de repetición, si bien el ejercicio de tal derecho, en opinión de algunos autores, no tiene por qué dividirse en cuotas iguales entre los obligados solidarios, siendo ésta la solución residual cuando no pudiera distribuirse la indemnización en proporción a la participación estimada de cada miembro del órgano en el daño causado¹⁷⁴².

En el ámbito de las relaciones interorgánicas la Ley de Sociedades de Capital establece que: “en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general”¹⁷⁴³,

Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, ya cit., pág. 278, se inclina por esta tesis basándose por una parte, en el hecho de que los grupos de sociedades se caracterizan por la unidad de dirección y por otra parte, en el hecho de que una negativa de los administradores de las filiales, en cuanto al cumplimiento de las instrucciones de la sociedad matriz, puede significar su cese. Por tanto, considera que lo más lógico y conforme con la idea del grupo es que los administradores de las filiales respeten la dirección única, si bien parece que en tales casos debemos de entender que las consecuencias del acto lesivo deben imputarse a la sociedad dominante. Por mi parte, coincido con la opinión que mantiene DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., págs. 300-301, que argumenta: en relación con la existencia de una dirección unitaria, que no tiene porque significar perjuicios para una de las sociedades del grupo y en cuanto a que los administradores puedan ser cesados, que tal circunstancia no tiene porque exonerarle de su obligación de cumplir con los deberes que le corresponden en su condición de administradores, como lo demuestra el hecho de que la circunstancia de seguir instrucciones de la Junta tampoco les exonera a pesar de que la Junta les puede cesar. A mayor abundamiento, este autor dice: “no parece acertada esta posición que exonera de responsabilidad a los administradores de la sociedad dominada cuando siguen instrucciones de la dominante por diferentes motivos. En primer término, ha de considerarse que no es cierto que los administradores deban seguir las instrucciones recibidas de la sociedad dominante cuando estimen que resultan contrarias a los intereses de la sociedad anónima que representan. La relación de grupo no modifica las obligaciones de los administradores de las sociedades que lo forman. Los administradores de las sociedades dominadas están obligados a realizar su gestión con la diligencia que marca el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital), igual que los otros. Si esto no fuera así, habría que preguntarse respecto de la finalidad de la existencia de unos administradores que sólo pueden actuar al dictado de un tercero y de la situación de los intereses de los socios que no forman parte de la sociedad dominante, que se verían siempre perjudicados... no parece admisible que los administradores de una sociedad dominada ejerciten unas instrucciones que saben van a producir un daño a la sociedad a la que pertenecen”.

¹⁷⁴² Véase QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 754. En este mismo sentido ALONSO ESPINOSA, F. J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en sus elementos configuradores*, ya cit., pág. 50, señala: “...por ello, *ad intra* en el ámbito de la relación entre los administradores, sí es efectiva la exclusión, o en su caso, moderación, de cada respectiva responsabilidad personal en relación con el nivel de participación de cada administrador en la producción del daño”; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 326, donde recoge: “...problemas diversos son la eventual facultad de repetición de unos administradores frente a otros en el supuesto hipotético de que la actuación de los consejeros delegados haya sido con la oposición y haciendo lo posible para que el acto de los delegados no se llevara a efecto; en tal hipótesis ha de pensarse que los administradores no delegados puedan repetir contra los delegados, ya que éstos tendrán un grado de culpa mayor por su más directo conocimiento de la gestión de la sociedad”; ALONSO ESPINOSA, F. J., “La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores”, ya cit., pág. 84, dice: “de ahí que el distinto módulo de diligencia exigible en función de las tareas encomendadas al administrador... despliegue su eficacia en el ámbito interno cuando existan administradores condenados a indemnizar que estimen que su participación en la producción del daño fue inexistente o no relevante en relación con el *quantum* que deban soportar según la Sentencia y, en consecuencia, repitan contra aquéllos que, por virtud de las funciones asignadas en el seno del Consejo debían asegurar el cumplimiento del deber infringido generado de la obligación de resarcimiento”.

¹⁷⁴³ Así viene establecido en el artículo 236.2 (antiguo artículo 133.4. del TRLSA). La ineficacia de la exoneración alcanzará en el primer supuesto, a los acuerdos lesivos adoptados por la Junta general, puesto

asimismo, en relación con la aprobación de las cuentas anuales, determina expresamente que: “la aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada”¹⁷⁴⁴, lo que se pretende, con el establecimiento de estos principios, es reforzar la posición autónoma del órgano de administración en el ámbito de su competencia y evitar que los administradores, amparándose en una autorización o ratificación de la Junta general, realicen actuaciones dudosas o arriesgadas eludiendo su responsabilidad.

Aunque la fórmula, con que la Ley de Sociedades de Capital recoge el principio de no exoneración, presenta un carácter riguroso, su alcance debe atemperarse en función de las circunstancias. En primer lugar, por el hecho de que no debemos olvidar que los administradores están obligados a ejecutar los acuerdos válidos de la Junta general¹⁷⁴⁵ y en segundo lugar, porque habrá que examinar, en cada caso, las circunstancias concurrentes, como p. ej.: que el acuerdo de la Junta haya sido buscado a propósito por los administradores, que el acuerdo adoptado por la Junta sea más o menos abierto y en

que, en este caso, los administradores lo que deberán de hacer es impugnarlos en vez de ejecutarlos, en el segundo supuesto, a los actos o acuerdos lesivos para los cuales se hallen expresamente autorizados por la Junta general, se trata de evitar que, mediante el mecanismo de la autorización, puedan quedar exonerados con carácter previo de actuaciones perjudiciales para el interés social y, en el tercer supuesto, a actos perjudiciales que ya han sido adoptados o llevados a cabo por los administradores, de los que puedan quedar exonerados a posteriori mediante la ratificación de los mismos por la Junta general.

Tal y como recoge POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 309: “en cualquier caso, la ineficacia exoneradora de las declaraciones de la Junta adoptando, autorizando o ratificando lo ejecutado –antes o después– por los administradores, pone de relieve la decidida voluntad de la ley por la independencia y autonomía de los administradores respecto de la Junta general y el refuerzo de su función y correlativa responsabilidad”. En este mismo sentido ALONSO ESPINOSA, F. J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en sus elementos configuradores*, ya cit., pág. 116, señala: “...esta no puede excluir de forma directa o indirecta la aplicación del sistema de responsabilidad mediante acuerdos –cómplice– por los que resulten asumidos por la sociedad los efectos perjudiciales de la conducta lesiva”; GARRETA SUCH, J. M., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, ya cit., pág. 119, dice: “bajo la ley la Junta no es competente, para actuar en la esfera propia de los administradores, y aunque es libre y soberana para ejercitar o no la acción de responsabilidad contra éstos, e incluso para renunciar a ella en los términos previstos en el artículo 134 (actual artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital), no tiene, sin embargo, poder para exonerarlos de responsabilidad mediante ratificación o aprobación de los acuerdos que hubieran causado daño”; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., págs. 275-276, considera que: “la prohibición que esta norma establece tiene como finalidad la protección de los intereses de la propia sociedad, de los socios minoritarios y de los terceros que no puede cesar por consecuencia de un acuerdo de la Junta general. En efecto, si se permitiera que por la Junta se pudiera exonerar de responsabilidad a los administradores, adoptando, autorizando o ratificando el acto o acuerdo lesivo, tanto los socios minoritarios como los terceros podían verse privados de un medio de protección de sus intereses que la ley les otorga, sin una justificación clara para ello, facilitando incluso el fraude, máxime si se tiene en cuenta que los administradores suelen estar apoyados por la mayoría del capital social... La ineficacia exoneradora de las actuaciones de la Junta respecto de los actos o acuerdos dañinos de los administradores, confirma la autonomía que el legislador ha querido otorgar a éstos frente a aquélla. Al prohibir que la injerencia de la Junta en las funciones de los administradores pueda exonerar a sus miembros de responsabilidad, el legislador refuerza la distribución de competencias entre los distintos órganos sociales”.

¹⁷⁴⁴ Según lo establecido en el artículo 238.4 (antiguo artículo 134.3 del TRLSA). Con ello se está tratando de evitar, en palabras de POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 310: “...que los administradores persigan su descargo no sólo a través de los acuerdos de la asamblea que aprueben las cuentas –entre ellas el informe de gestión–, sino también mediante la petición a la Junta para que sea ella la que, en su caso, adopte, autorice o ratifique el acuerdo eventualmente lesivo o contrario a la ley o los estatutos, de tal forma que ello permita la exoneración de la responsabilidad de los administradores por los daños ocasionados a la sociedad a través del incumplimiento de sus obligaciones legales o estatutarias o por actuar sin la diligencia específica que como tales administradores les corresponde”.

¹⁷⁴⁵ Por otro lado, debemos tener en cuenta que también están legitimados para impugnar los acuerdos de la Junta general que sean nulos o anulables (artículos 204 y 206 de la Ley de Sociedades de Capital; antiguos artículos 115 y 117 del TRLSA).

consecuencia, deje a los administradores un amplio margen de interpretación a la hora de su ejecución, que la sociedad haya o no configurado un modelo estatutario de competencias compartidas o que el acuerdo sea referente a materias en las que la Junta tenga competencia o bien, que tenga reconocido algún derecho para impartir instrucciones, etc.¹⁷⁴⁶.

En los supuestos indicados, a modo de ejemplo en el párrafo precedente, no cabe duda que resultará necesario hacer una interpretación reductora o correctora del alcance de la norma legal sobre la no-exoneración que salve esa contradicción de valoración. En este sentido, cualificados sectores de la doctrina española han tratado de limitar las posibilidades de accionar de la Junta general cuando el acto ha sido adoptado o autorizado por ella, sin perjuicio de mantener viva la acción, en su caso, frente a la minoría y los acreedores¹⁷⁴⁷.

En cuanto a la aplicación de este principio al sistema dual nos encontramos, una vez más, con los problemas típicos que surgen al aplicar los principios concebidos para el funcionamiento de un sistema monista a otro que no lo es.

La primera cuestión se suscita en torno a las categorías de operaciones que deben someterse a autorización del órgano de control¹⁷⁴⁸, en cuyo caso tendremos que considerar si la autorización dada por el órgano de control exonerará de responsabilidad a los miembros de la Dirección. La respuesta, sin perjuicio de tener en cuenta las consideraciones precedentes (en cuanto a las circunstancias concretas de cada supuesto) y su adecuación al sistema dual, debe de ser negativa, pues las relaciones entre el órgano de dirección y el órgano de control¹⁷⁴⁹ no son similares a las que tienen lugar entre el órgano de administración y la Junta general en el sistema monista¹⁷⁵⁰.

¹⁷⁴⁶ Concretamente el artículo 161 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 44.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) recoge (para las sociedades de responsabilidad limitada) la posibilidad de que la Junta general pueda impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión.

¹⁷⁴⁷ Véase ESTEBAN VELASCO, G., “Acuerdos de la Junta general de socios de la sociedad limitada en asuntos de gestión y la responsabilidad de los Administradores”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 18, 2002-1, pág. 226; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 310-311.

¹⁷⁴⁸ Algunos autores se plantean la posibilidad de aplicar el artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 133.4 del TRLSA) al supuesto de autorización de operaciones de la Dirección por el Consejo de control, considerando que, al igual que sucede en los sistemas monistas donde la autorización o ratificación por la Junta general del acto o acuerdo lesivo no exonera de responsabilidad a los administradores, tampoco exonerará de responsabilidad a los miembros de la Dirección, la autorización de operaciones por el Consejo de control. Véase CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., págs. 338-339. Esta autora se plantea, incluso la aplicación del precepto en relación a la posible ratificación por la Junta de decisiones adoptadas por el Consejo de control, en caso de disposición estatutaria que la contemple. En este sentido encontramos que el Proyecto de estatuto de SE de 1975, que sólo contemplaba el sistema de administración dual, recogía en el artículo 81.3 que: “los miembros del Consejo de vigilancia no serán exonerados de su responsabilidad por el descargo dado por la Junta general ni por una autorización de ésta”.

¹⁷⁴⁹ El órgano de dirección y el órgano de control son dos órganos de administración con competencias diferenciadas, al órgano de dirección le corresponden funciones en el ámbito de la gestión (gestión directa), mientras que al órgano de control le corresponde la vigilancia y supervisión de la gestión llevada a cabo por el órgano de dirección y, en determinados supuestos (artículo 48 del RESE), autorizar ciertas categorías de operaciones (gestión indirecta), pero sus responsabilidades están en función del cumplimiento de los cometidos que tienen encomendados, por lo que la autorización del órgano de control no puede exonerar a los miembros del órgano de dirección de la responsabilidad en la gestión que les es encomendada. En este sentido, véase QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 756.

¹⁷⁵⁰ Tal y como he recogido al referirme a la responsabilidad de los administradores en el sistema monista, según las circunstancias que se den en cada caso (p. ej.: que la Junta general pueda impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, etc.) y de acuerdo con la opinión de reputados autores en la materia como ESTEBAN VELASCO, G., SÁNCHEZ CALERO, F., podrían limitarse las posibilidades de

Los Proyectos de Estatuto de SE de 1970 y 1975 también consideraban que la autorización dada por el Consejo de vigilancia no exoneraba a los miembros del Comité de dirección de su responsabilidad¹⁷⁵¹.

A. SUJETOS RESPONSABLES

El RESE hace una referencia expresa a los sujetos pasivos de la responsabilidad por daños al patrimonio social, en la que incluye a los miembros del órgano de administración (sistema monista) o a los miembros del órgano de dirección y de control en los sistemas duales, por lo demás, en cuanto a la legitimación pasiva, habrá que acudir para las SE domiciliadas en España a lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital. Es claro, por tanto, que los administradores de hecho de las SE serán responsables por los daños causados por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que la Ley de Sociedades de Capital impone a quienes formalmente ostenten, con arreglo a ésta, la condición de administrador¹⁷⁵².

Ahora bien, el tema se complica en relación con las personas jurídicas que desempeñan el cargo de administrador, puesto que en nuestro Derecho no existe regulación específica sobre la legitimación pasiva para el ejercicio de las acciones de responsabilidad en este caso¹⁷⁵³. Según lo preceptuado en el Reglamento del Registro Mercantil y en nuestra

accionar de la Junta general (contra los administradores) cuando el acto ha sido adoptado o autorizado por ella, puesto que sería una contradicción con su propio operar, sin perjuicio de mantener viva la acción, en su caso, frente a la minoría y los acreedores.

¹⁷⁵¹ A tenor de lo previsto en el artículo 71.3 de ambos proyectos. Tanto el Proyecto de 1970 como el de 1975, preceptúan en el apartado 3 del artículo 71 que “la autorización dada por el Consejo de vigilancia no exonerará a los miembros del Comité de dirección de su responsabilidad”.

¹⁷⁵² Según lo dispuesto en el artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 133.2 del TRLSA). En consecuencia, habrá que tener en cuenta, no solo a los administradores de derecho, sino también a los que actúen de hecho, incluidas las sociedades dominantes de grupo, administradores cuyo nombramiento es irregular o ha caducado, administradores ocultos. Me remito en esta materia a lo ya dicho, respecto a las diversas situaciones y circunstancias en las que se puede apreciar este tipo de administración, en el Capítulo cuarto, sección tercera, apartado VII, punto 2 de esta Tesis doctoral, relativo a las disposiciones de la legislación española que integran el régimen de responsabilidad aplicable a los miembros de los órganos de las Sociedades Anónimas Europeas domiciliadas en España. Cuestión distinta es la relativa a la posibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad de los administradores a otras personas que, aún ejercitando funciones de gestión, carecen de la condición de administrador, como son los directores generales, los gerentes, apoderados. En este sentido tanto la doctrina como la jurisprudencia han estimado que no es de aplicación el régimen de responsabilidad de los administradores a quienes desempeñan tales cargos, a mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que los administradores tienen una vinculación orgánica con la sociedad y por tanto, son los titulares de derecho, o de hecho del órgano de administración, mientras que los directores generales, gerentes, apoderados, tienen una relación de dependencia que supone una relación laboral, aunque a través de los denominados contratos de alta dirección. Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 290-292. En este mismo sentido, de negar la aplicación de las normas sobre la responsabilidad de los administradores a los directores generales, se pronuncia QUIJANO GONZÁLEZ, J., señalando en torno a la figura del director general que su posición jurídica ha de ubicarse fuera del Consejo de administración y que su existencia viene legitimada por la amplia facultad de conceder apoderamientos que tiene reconocida el Consejo. Ello supone, como característica fundamental, que no se trata de posiciones jurídicas de naturaleza orgánica, como sucede en la delegación dentro del Consejo, y que, por tanto, los titulares de esos cargos directivos se vinculan a la sociedad por una relación de naturaleza diferente en la que se acusa una progresiva tendencia a ser calificada como relación laboral especial. Más adelante argumenta que la distinción conceptual entre administrador y director general impide aplicar a éste el régimen de responsabilidad que nuestra Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital) ha previsto de forma exclusiva para los administradores en atención a su posición orgánica, que no es la que corresponde a los apoderados. QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima: aspectos sustantivos*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1989, págs. 328- 329.

¹⁷⁵³ La Propuesta del Código de Sociedades Mercantiles prevé en el artículo 115.2 que la persona natural representante de la persona jurídica administradora estará sometida a los mismos deberes y a la misma

Ley de Sociedades de Capital tras su reciente modificación por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, sobre el representante persona física pesa el ejercicio de las funciones propias del cargo¹⁷⁵⁴, fijar la posición de la persona física representante resulta de lo más complejo, puesto que el papel que ésta desempeña es el de intermediario entre la persona jurídica miembro-administrador y la sociedad administrada¹⁷⁵⁵.

El RESE no establece nada respecto a las responsabilidades en las que pueda incurrir en el ejercicio de su cargo, por tanto, deberemos de acudir a la legislación nacional del domicilio de la SE, pero tal y como ya he dicho en el párrafo precedente, en Derecho español falta una norma que se refiera a esta materia y en consecuencia, aplicando las normas generales de actuación por medio de representante¹⁷⁵⁶, las infracciones de los deberes propios del cargo se producirán por la actuación de la persona física y legitimarán al perjudicado (sociedad, socio o tercero) para actuar contra el administrador persona jurídica titular de la relación jurídica de administración. La persona jurídica administradora podrá dirigirse, en acción de regreso, contra su representante persona física en la medida en que concurra culpa propia de éste, lo que no sucederá en caso de haberse limitado a cumplir las instrucciones del representado¹⁷⁵⁷.

La doctrina, con carácter general, señala que no es responsable la persona física que lleve a efecto la administración social en representación de la sociedad administradora, al afirmar que “en las relaciones externas la norma general es que los órganos sociales personifiquen a la persona jurídica, que es quien realmente actúa y quien debe responder, por tanto. Siempre sin perjuicio de las relaciones internas y, en su caso, de la responsabilidad de las personas individuales que hayan actuado ante la propia persona

responsabilidad que si ejerciera el cargo en su propio nombre, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona jurídica representada.

¹⁷⁵⁴ Efectivamente, según lo preceptuado en el artículo 143.1 del Reglamento del Registro Mercantil se exige, para la inscripción del nombramiento como administrador de una persona jurídica, que se haga constar la identidad de la persona física que aquélla haya designado como representante suyo “para el ejercicio de las funciones propias del cargo”. Una redacción similar, en cuanto a la necesidad de que la persona jurídica designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo, se contiene en el artículo 212 bis de la Ley de Sociedades de Capital, artículo que fue introducido a tenor de lo dispuesto en el punto doce del artículo primero de la Ley 25/2011, de 1 de agosto.

¹⁷⁵⁵ Me remito, en esta materia, a lo ya dicho en el Capítulo cuarto, sección tercera, apartado II, punto 1. B, de esta Tesis doctoral, relativo al régimen de la persona física representante de la persona jurídica. Tal y como recoge DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., pág. 261: “siguiendo la doctrina mayoritaria, debe estimarse que la responsabilidad debe imputarse a la persona jurídica representada en virtud del principio según el cual cuanto haga el representante se entenderá hecho por el representado. Como es natural, luego la persona jurídica representada podrá exigir responsabilidades a su representante, no sólo por no haberse atendido a las instrucciones recibidas, sino por cualquier situación que diera lugar a ello”.

¹⁷⁵⁶ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1725 del CC, “el mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes”.

¹⁷⁵⁷ ESTEBAN VELASCO, G., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, ya cit., pág. 656. En este mismo sentido SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 290, considera que: “en el supuesto de que el administrador sea una persona jurídica, habrá de tenerse en cuenta la conducta de la persona física designada por aquélla para el ejercicio de las funciones propias del cargo (artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil), sin perjuicio de que se imputen las consecuencias patrimoniales de la responsabilidad del administrador, esto es, a la persona jurídica. Problema diverso es, por supuesto, la facultad de repetición que tenga la persona jurídica con relación a su representante”; PRADA GONZÁLEZ, J. M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, ya cit., pág. 2331, señala que “...el hecho de que el representado haya dado instrucciones expresas al representante de actuar en una determinada manera no elimina la responsabilidad de éste, que no queda por ello exonerado de cumplir las leyes ni, por tanto, de la responsabilidad que le atañe, sino que únicamente verá al representado compartir su responsabilidad. Claro que esta doctrina entiendo que será de cara a terceros, pues no entre partes, en cuyo ámbito si el representante ha actuado siguiendo instrucciones, no podrá su representado exigirle responsabilidad”.

jurídica”. La doctrina, al estudiar la legislación española, se detiene en la relación entre la sociedad administrada y administradora respecto del ejercicio de la acción social de responsabilidad y parte de que la responsabilidad de la persona jurídica administradora se rige por las mismas reglas que la responsabilidad de los restantes administradores y posteriormente, defiende la solidaridad entre la persona física representante y la sociedad administradora¹⁷⁵⁸.

A pesar de que considero que cada situación concreta deberá ser estudiada detalladamente, en mi opinión, y con carácter general, será responsable la sociedad jurídica miembro¹⁷⁵⁹, sin perjuicio de las acciones que en vía de regreso puedan corresponder a ésta frente a la persona física-representante, dejando a salvo los casos en que el administrador persona física lleve a cabo actos de carácter ilegal, en cuyo caso será directamente responsable de dichos actos, a menos que siguiera instrucciones expresas de la persona jurídica, puesto que si se da esta situación ambos deberán de compartir la responsabilidad.

Otra cuestión, a tener en cuenta, será la relativa a la responsabilidad de los miembros de los órganos que ostenten la representatividad de los trabajadores. El RESE no recoge excepción alguna, por tanto, a mi juicio, habrá que entender que los miembros de cualquiera de los órganos que hayan sido elegidos, designados o recomendados por el órgano de representación de los trabajadores o, en su caso, por los propios trabajadores responderán como los demás miembros. La Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas así lo establece al declarar que estos miembros serán miembros de pleno derecho del órgano correspondiente, con los mismos derechos y obligaciones que los miembros que representen a los accionistas¹⁷⁶⁰.

B. ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

Nuestra Ley de Sociedades de Capital regula la acción social de responsabilidad contra los administradores¹⁷⁶¹, por supuesto en relación con el sistema monista de

¹⁷⁵⁸ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, ya cit., págs. 65-66.

¹⁷⁵⁹ Hacer responsable, en todo caso y situación, a la persona física representante de la persona jurídica miembro-administrador, puede llevar a que por parte de la persona jurídica se designe a un representante persona física que sea insolvente, es decir, que designe a un hombre de paja, librándose de esta forma de cualquier responsabilidad. En este sentido PRADA GONZÁLEZ, J. M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, ya cit., pág. 2331 opina que “...el administrador de la sociedad tendrá, frente a ésta, en principio, responsabilidad por la actuación del representante nombrado por él, pero esta responsabilidad no alcanzará a los hechos ilícitos del representante, salvo que haya actuado cumpliendo órdenes expresas del mismo, en cuyo caso se sumarán ambas responsabilidades. Un problema distinto es la responsabilidad de la persona jurídica que designa al representante frente a éste. El CC dice que el mandate debe indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario (artículo 1729). Parece que esta norma sea de aplicación al representante que actúe siguiendo las instrucciones del representado, o con arreglo a un normal desarrollo de sus actividades si hubiera sido nombrado sin darle instrucciones concretas... Respecto a la persona jurídica que le nombró, su responsabilidad se regirá por las normas jurídicas que regulen la relación que mantiene con ella...”.

¹⁷⁶⁰ En efecto, el artículo 20.5 de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, determina que “todo miembro del órgano de administración o, en su caso, del órgano de control de la SE que haya sido elegido, designado o recomendado por el órgano de representación o, según los casos, por los propios trabajadores será miembro de pleno derecho del órgano correspondiente, con los mismos derechos y obligaciones que los miembros que representen a los accionistas, incluido el derecho de voto”. En relación con esta materia puede consultarse BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P., “Responsabilidad de los miembros de órganos de administración de la SE domiciliada en España: los artículos 51 del RESE y 335 del TRLSA”, ya cit., págs. 14-15.

¹⁷⁶¹ En efecto, de la regulación de esta acción se ocupan los artículos 238, 239 y 240 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 134 del TRLSA). Con carácter previo hay que apuntar que el ejercicio de la acción social de responsabilidad tiene como fin el reintegro del patrimonio social con independencia de quien la ejercite (en determinadas circunstancias, tanto socios, como terceros podrán ejercitar esta acción

administración, por lo que, una vez más, será preciso adecuar su contenido al sistema dual¹⁷⁶².

La titularidad para el ejercicio de esta acción corresponde a la sociedad previo acuerdo de la Junta general¹⁷⁶³, acuerdo que podrá ser adoptado a solicitud de cualquier

social), por lo tanto, la indemnización o compensación que se consiga se integrará en el patrimonio de la sociedad. Los administradores responderán de los daños causados en el patrimonio de la sociedad por los actos u omisiones realizados que sean contrarios a la ley o a los estatutos, o por los que realicen incumpliendo los deberes inherentes a sus funciones, en todo caso, deberá de existir un nexo causal entre el daño sufrido por la sociedad y la acción u omisión ilícita. El titular de esta acción será la sociedad y para su ejercicio se requiere acuerdo de la Junta general, aunque con carácter subsidiario, cuando concurren determinados supuestos, podrá ser ejercitada por los accionistas que representen al menos el cinco por ciento del capital social y por los acreedores sociales. De acuerdo con lo preceptuado en la Ley Concursal, el artículo 48.2 (antes de su modificación por la Ley 38/2011, de 10 de octubre) legitimaba, sin que se requiriera acuerdo previo de la Junta general, a los administradores concursales para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. El actual artículo 48 quáter, añadido por la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal, establece que, una vez declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores.

En relación con el ejercicio de la acción social de responsabilidad LARA, R., “La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 83. En este mismo sentido se pronuncia SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 343, manifiesta que: “la parvedad de supuestos en los que se ejercita la acción social de responsabilidad por la propia sociedad obedece al hecho de que, salvo casos de graves perjuicios, la mayoría de los accionistas que en Junta general ha nombrado a los administradores no estará interesada en ejercitar la acción social y, normalmente, optará por otras vías menos alarmantes para el tráfico y el crédito de la compañía, como por ejemplo, la no reelección o la revocación. Por ello, sólo en casos de cambio de mayoría en la Junta general cabe pensar en que se haga uso de esta vía”.

En cuanto a la posibilidad de considerar como cauce procesal alternativo a la jurisdicción civil, el sometimiento de esta acción social de responsabilidad a arbitraje, véase ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M. y MUÑOZ PÉREZ, A. F., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 409-451. Estas autoras, en las págs. 434-435, consideran que “...la decisión de comprometer el conflicto a la resolución arbitral, no integra uno de los supuestos de hecho previstos por el legislador bajo la expresión «falta de ejercicio de la acción por parte de la sociedad», lo que conlleva la desaparición del interés tanto de la minoría, como de los acreedores, al ejercicio de una acción, que como sabemos, les viene reconocida «defectivamente» a fin de reconstituir el patrimonio social”. Ahora bien, según recogen en la pág. 423, “en caso de fraude en la tutela de los intereses sociales se ocasiona un perjuicio en el patrimonio social que incide de forma refleja en los intereses de la minoría y los terceros acreedores” y, por tanto, “el arbitraje debería ser inoponible” siendo “necesario que se les reconozca legitimación para acudir a la vía judicial para anular el procedimiento arbitral”, y más adelante añaden que “los acreedores sociales recobrarán... su legitimación para el ejercicio de la acción social, siempre que se dé el presupuesto sustantivo de la insuficiencia patrimonial, cuando la Junta general, iniciado o no el procedimiento arbitral, haya renunciado o transigido al ejercicio de la acción”.

¹⁷⁶² No olvidemos que el artículo 490 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 335 del TRLSA) ha declarado de aplicación a los órganos de ambos sistemas de administración (monista y dual) lo previsto a estos efectos para los administradores de las sociedades anónimas y lo cierto es que la regulación de la responsabilidad de los administradores, que contiene nuestra Ley de Sociedades de Capital, está pensada para el sistema de administración monista que es el único regulado para nuestras sociedades anónimas.

¹⁷⁶³ Para la adopción de este acuerdo no se exige su inclusión en el orden del día, ni se puede elevar estatutariamente la mayoría ordinaria (artículo 238.1 de la Ley de sociedades de Capital –antiguo artículo 134.1 del TRLSA–). Por tanto, cualquier accionista presente o debidamente representado podrá en cualquier Junta general, válidamente constituida a la que asista, proponer el acuerdo relativo a la interposición de la acción social de responsabilidad, siendo deber del Presidente someter la cuestión a la decisión de la Junta. La Junta general podrá: 1. Acordar el ejercicio de la acción de responsabilidad; 2. Adoptar un acuerdo contrario a la exigencia de la responsabilidad (en este supuesto estarán legitimados subsidiariamente, a tal efecto, los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, los acreedores previa excusión del patrimonio social); 3. Transigir o renunciar al ejercicio de la acción (si bien, existe un derecho de oposición de la minoría de accionistas que representen el cinco por ciento del capital social). Véase JUSTE MENCÍA, J., “Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social”, *La responsabilidad de los administradores*,

socio, aunque no conste en el orden del día, pero también están legitimados los accionistas que sean titulares, al menos, de un cinco por ciento del capital social¹⁷⁶⁴, los acreedores¹⁷⁶⁵

ROJO FERNÁNDEZ RIO, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 135-147. Resulta de interés determinar la posibilidad de que los administradores que sean socios puedan tomar parte en la deliberación y acuerdo sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Lo cierto es que nuestra legislación, en referencia a las sociedades cotizadas, establece, al referirse a la solicitud pública de representación, que los administradores deberán de abstenerse en los puntos del orden del día en los cuales se encuentren en conflictos de intereses y, precisamente, uno de los supuestos que contempla es el ejercicio de la acción de responsabilidad dirigida contra ellos (artículo 526.1.c) de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 114.1. de la Ley de Mercado de Valores–). Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 349-352; en opinión de DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., pág. 309: “...esta norma tan sólo le prohíbe al administrador ejercitar el derecho de voto correspondiente a las acciones representadas, de lo que *a sensu contrario* se desprende que sí podrá ejercitar el correspondiente a sus propias acciones”. El acuerdo de la Junta de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados; sin embargo, el ejercicio, cuando resulta posible, de la acción por los accionistas o acreedores no dará lugar a la destitución, véase GARRETA SUCH, J. M., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, ya cit., pág. 120 y DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., pág. 319. Nuestra legislación considera que desde el momento en que se acuerda promover o transigir la acción social de responsabilidad los administradores afectados deberán de ser destituidos, sin embargo, el acuerdo relativo a la renuncia de la acción no tiene dichas consecuencias destitutorias. Doctrinalmente se ha discutido sobre si la destitución prevista en el artículo 238.3 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 134.2, párrafo segundo del TRLSA) es una consecuencia natural y no esencial del acuerdo de ejercitar la acción de responsabilidad. Véase POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 339-341; LARA, R., “La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad”, ya cit. págs. 106-109. La jurisprudencia parece inclinarse por considerar que constituye una consecuencia esencial; así, la STS de 30 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9192 de Aranzadi), recoge en su fundamento cuarto que : “la destitución del administrador contra el que se acuerda el ejercicio de la acción social de responsabilidad tiene carácter automático y ha de matizarse, en relación, con lo argumentado por la sentencia de instancia que tal medida es simplemente la traducción en términos jurídicos de la ruptura de la relación de confianza depositada por los socios en el administrador...”.

¹⁷⁶⁴ Según lo dispuesto en el artículo 239 en relación con el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 134.4 en relación con el artículo 100 del TRLSA). La legitimación que con carácter subsidiario, a falta de actuación de la Junta general, se otorga a los accionistas requiere una cuota de capital de al menos el cinco por ciento. Así, los accionistas que reúnan esta cuota estarán legitimados para el ejercicio de la acción cuando los administradores no convoquen la Junta solicitada a tal efecto; cuando transcurrido un mes desde que la Junta acordó el ejercicio de la acción, ésta no se entable; o bien, cuando el acuerdo de la Junta haya sido contrario al ejercicio de la acción. Véase, en relación con los presupuestos del ejercicio de la acción de responsabilidad por parte de la minoría de accionistas, JUSTE MENCÍA, J., “Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social”, ya cit., págs. 120-130; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 364-368; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., págs. 326-328. Tal y como recoge POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 348, la cuota del cinco por ciento del capital se exige como presupuesto para el ejercicio de la acción, pero los accionistas reunidos a tal efecto, litigaran con una única representación procesal y con una única defensa. En este mismo sentido SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 369; RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964, pág. 262, donde recoge: “la legitimación de la minoría tiene carácter subsidiario. Sólo se concede en defecto del ejercicio de las acciones por la sociedad a través de sus órganos”. Por su parte, HUERTA VIESCA, M. I., “Acción social de responsabilidad de los administradores por los socios y desistimiento (Comentario a la STS, 1ª, 30/11/2000)”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 243, enero-marzo 2002, pág. 296, señala que “el artículo 134 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital) ordena en cascada las tres legitimaciones individualizadas, no concurrentes, para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, de modo que hay una acción principal la ejercitada por la sociedad anónima, una subsidiaria de primer grado, la ejercitada por accionistas que represente, al menos, el cinco por ciento del capital social, y una subsidiaria de segundo grado, o de tercer grado si se otorga el primer grado a la propia sociedad anónima, la ejercitada por los acreedores sociales. Por ello, entiendo que no se admite un ejercicio simultáneo de acciones, ya que la primera excluye a la segunda y a la tercera, y la segunda excluye a la tercera, toda vez que se está ante una única acción con diversos legitimados en cascada. Por tanto, ejercitada la acción

por la sociedad anónima, los accionistas, sean minoritarios o mayoritarios, carecen de acción social, pues la misma es única”.

En consecuencia, la legitimación de la minoría de accionistas tiene carácter subsidiario; el legislador le otorga tal posibilidad bien, cuando la sociedad a través de la Junta general no actúa o bien, cuando dicho órgano se muestra contrario a la exigencia de la responsabilidad. Por consiguiente, considero que habrá que tener en cuenta, para las SE que decidan establecerse en España y opten por el sistema dual, la posibilidad de que el Consejo de control acuerde dicha acción contra los miembros de la Dirección, en cuyo caso, la acción de los accionistas minoritarios también quedaría supeditada a la inactividad del Consejo de control.

¹⁷⁶⁵ A tenor de lo previsto en el artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 134.5 del TRLSA). Nuestra legislación también otorga a los acreedores legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, cuando la acción no haya sido entablada, ni por la sociedad, ni por los accionistas (en el supuesto de una SE española que haya optado por el sistema dual, considero que cuando no haya sido entablada, ni por la sociedad, ni por el Consejo de control, ni por los accionistas) y siempre y cuando el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos, circunstancia ésta que como dice JUSTE MENCÍA, J., “Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social”, ya cit., pág. 147, “...aproxima notablemente el supuesto al requerido para la apertura del concurso según la renovada legislación (artículo 2 de la Ley Concursal), por lo tanto el ejercicio de las acciones de responsabilidad que pudieran corresponder frente a los administradores de la sociedad concursada (artículo 48 de la Ley Concursal) como las consecuencias patrimoniales que pudieran producirse por la calificación del concurso como culpable (artículo 172 de la Ley Concursal) habrán de examinarse, en la mayor parte de los casos, a la luz de este sector del ordenamiento”. En este mismo sentido SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 375-376, que también considera que deberá de ponerse en relación el ejercicio de esta acción, por parte de los acreedores, con el hecho de la declaración de concurso de la sociedad y distingue dos supuestos, el primero cuando no se ha producido la declaración del concurso de la sociedad, lo que presupone que la insuficiencia del patrimonio social no ha dado lugar a la situación de insolvencia de la sociedad en los términos previstos en el artículo 2 de la Ley Concursal y por tanto, se interponga la acción social de responsabilidad sin que se haya instado el concurso, en cuyo caso, si éste se insta después de la interposición de la acción ésta seguirá su curso, aunque el Juez del concurso, si estima que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o la lista de acreedores, procederá a acumular esta acción al procedimiento concursal. El segundo supuesto tendrá lugar cuando la situación patrimonial de la sociedad implique una situación de insolvencia de la misma, lo que lleve consigo la declaración del concurso, si bien, a tenor de lo previsto en el artículo 48 de la Ley Concursal la acción social de responsabilidad contra los administradores podrá ejercitarse estando en trámite el procedimiento de concurso, puesto que el apartado 2 del citado artículo parece conservar la legitimación para el ejercicio de esa acción, si bien por su orden, todos los previstos en el artículo 134 (la sociedad concursada, los socios y los acreedores; en la nueva Ley de Sociedades de Capital estos supuestos se recoge en los artículos 238, 239 y 240) al considerar dicho artículo 48.2 que los administradores concursales son meramente unos legitimados más para el ejercicio de la acción social (ya que dice «estarán también legitimados»), lo que no deja de ser incoherente con la responsabilidad concursal de los administradores sociales prevista en el artículo 172.3 de la Ley Concursal y, en todo caso, la asignación de la legitimación exclusiva para el ejercicio de esa acción social.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la Ley Concursal ha sido modificada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, variando la redacción de sus artículos 48 y 172 y que por tanto, a partir de la entrada en vigor de la mencionada ley de modificación, declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores (artículo 48 quáter) y que cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit. Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura. En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso (artículo 172 bis).

En cuanto al momento en que podemos considerar legitimados a los acreedores sociales para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, nos encontramos con dos supuestos, el primero cuando tras haberse acordado por la sociedad el ejercicio de la acción, renuncia al ejercicio de la misma o transige con los administradores mediante un nuevo acuerdo de la Junta sin que haya oposición por parte de la minoría, en cuyo caso, los acreedores acceden a la legitimación desde el día en que la Junta acordó transigir o renunciar a la acción. Más problemático resulta el segundo caso, esto es, cuando la acción social de responsabilidad no haya sido ejercitada por los accionistas, cuando la sociedad se hubiera abstenido, bien por que sus

y, en su caso, la administración concursal¹⁷⁶⁶. En relación con la administración concursal y a tenor de lo dispuesto en el artículo 48 quáter de la Ley Concursal (añadido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre), debo puntualizar que declarado el concurso corresponderá exclusivamente a dicha administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores.

En consecuencia, este nuevo artículo, añadido por la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal, al declarar la legitimación exclusiva de la administración concursal para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores (en los supuestos en que se haya declarado el concurso de la sociedad) ha privado a la Junta general de la posibilidad de adoptar el acuerdo de interponer dicha acción; por tanto, cuando se declare el concurso de una sociedad no será de aplicación el artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital (tampoco sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 239.1) lo que, a mi juicio, supone que se han sustraído las competencias conferidas a la Junta general. Por todo ello, y sin perjuicio de la calificación que tal opción legislativa pueda merecer, considero que, cuanto menos, se podían haber realizado las oportunas modificaciones en la Ley de Sociedades de Capital por razones de coherencia. A mayor abundamiento, también se debería haber modificado el artículo 239.1 de la repetida Ley para adaptarlo a lo dispuesto en el artículo 48 quáter de la Ley Concursal pues es clara y manifiesta la divergencia entre las dos disposiciones citadas.

administradores se hubieran negado a convocar la Junta general a pesar de haber sido requeridos para ello, bien porque la Junta general hubiera rechazado el acuerdo de exigir la responsabilidad de los administradores o, bien porque a pesar del acuerdo de ejercitar la acción social de responsabilidad contra éstos, la sociedad no entabla la acción en el plazo de un mes contado desde la fecha del correspondiente acuerdo; en este caso, a pesar de que la ley guarda silencio, viene siendo aceptado por analogía que si transcurrido el plazo de un mes desde que los accionistas adquirieron la legitimación para el ejercicio de la acción no la entablan, los acreedores sociales podrán considerarse legitimados para su ejercicio, siempre que se dé el presupuesto de la insuficiencia del patrimonio social. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 373-374. Ahora bien, en opinión de POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 363, “en el caso de que la legitimación opere por la total inacción de la sociedad y de la minoría, no es necesario el establecimiento de ningún plazo, ya que esa inacción o pasividad es precisamente la que también legitima a los acreedores, como ya sucede con la legitimación de los accionistas ante la inactividad de la sociedad, en cuanto su derecho a solicitar la convocatoria de la Junta para debatir la responsabilidad de los administradores nace de la simple pasividad social y no del transcurso de un determinado plazo desde la producción del daño o desde su conocimiento”.

¹⁷⁶⁶ Según lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley concursal (antes de su modificación por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal). Esta disposición legitimaba a los administradores concursales para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, contra los administradores, liquidadores y auditores sin necesidad de previo acuerdo de la Junta general. Teniendo en cuenta que los administradores concursales asumen la representación de la sociedad concursada y defienden los intereses de los acreedores frente a ésta, resulta lógico que estén legitimados para el ejercicio de la acción social de responsabilidad sin la necesidad de acuerdo por parte de la Junta general. Véase JUSTE MENCÍA, J., “Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social”, ya cit., pág. 148 y 149. En este supuesto, tal y como señala HUERTA VIESCA, M. I., “Acción social de responsabilidad de los administradores por los socios y desistimiento (Comentario a la STS, 1ª, 30/11/2000)”, ya cit., págs. 302-303, “...la acción de los administradores judiciales se proyecta como una acción simultaneable a la acción social de responsabilidad de los administradores ejercitada por la propia sociedad anónima en concurso, por sus accionistas o por sus acreedores, que seguirán su tramitación con independencia del concurso, pues los efectos del concurso se agotan en los juicios nuevos o en curso que se tramitan contra el concursado. Ahí sí debería procederse a la acumulación de los procesos para evitar la división de la contienda de la causa...”. Ahora bien, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal ha añadido un nuevo artículo, el 48 quáter, y a tenor de lo en él dispuesto “declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores”.

La Junta general podrá en cualquier momento transigir o renunciar al ejercicio de la acción¹⁷⁶⁷, siempre que no se opusieren a ello accionistas que representen un cinco por ciento del capital social¹⁷⁶⁸.

¹⁷⁶⁷ A tal efecto habrá que determinar si con carácter previo se requiere que se haya ejercitado ante los Tribunales la acción social de responsabilidad. Nuestra doctrina se pronuncia, mayoritariamente, en el sentido de que se puede adoptar el acuerdo de transigir sin necesidad de que se haya ejercitado previamente la acción ante los Tribunales, puesto que la transacción puede ser entendida, tanto en sentido material, como procesal y, además, del tenor literal del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 134.2 del TRLSA) se desprende que la Junta general podrá transigir o renunciar “en cualquier momento”. Véase POLO SÁNCHEZ, E., “Nuevas consideraciones sobre la transacción de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1414-1415. Según la doctrina procesal civil, la transacción es un fenómeno productor de una normal terminación del proceso que el artículo 1809 del CC la define como un “contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al pleito ya comenzado”. Tal definición presenta con claridad dos tipos de transacción: aquella anterior a un posible proceso y que precisamente tiende a evitarlo y la que se produce estando ya pendiente un pleito y que le pone fin. La doctrina distingue, además, entre transacción judicial y extrajudicial, en función de que el contrato se someta o no a la homologación del órgano judicial. Véase

DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil, Objeto, Actos y recursos del proceso civil, El proceso civil de declaración*, tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, págs. 439-440.

¹⁷⁶⁸ El órgano facultado para transigir o renunciar al ejercicio de la acción de responsabilidad será la Junta general, conviene señalar que, en relación con esta materia, las mayores divergencias doctrinales giran en torno al momento en que pueden ser adoptados los acuerdos de transacción o renuncia, véase POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 329-336 y “Nuevas consideraciones sobre la transacción de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital”, ya cit., págs. 1420-1426; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 352-356; LARA, R., “La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad”, ya cit. págs. 100-103. Este último autor mantiene que “...dada la claridad de la ley a este respecto «en cualquier momento», es posible sostener que tanto el acuerdo de renuncia como el de transacción podrá realizarse en la misma Junta que decide el ejercicio de la acción social de responsabilidad, si bien debe de respetarse, en todo caso, el requisito formal de que la posibilidad de adoptar ese acuerdo esté previamente fijada en el orden del día de la citada Junta general”; SÁNCHEZ CALERO, F. opina que la transacción o la renuncia pueden efectuarse en cualquier momento por la Junta general, incluso puede hacerse en la misma Junta en que se adoptó el acuerdo del ejercicio de la acción de responsabilidad, claro está sin perjuicio del derecho de veto de la minoría; ahora bien, “si el acuerdo de transigir o renunciar al ejercicio de la acción se hace en una Junta posterior debe hacerse constar expresamente que se va a tratar esta cuestión para que llegue a conocimiento de todos los socios y los minoritarios tengan la facultad de ejercitar el derecho de oponerse”, por su parte POLO SÁNCHEZ, E. considera que la Junta que acuerde la transacción no puede ser la misma que acordó la responsabilidad de los administradores, de tal modo que para votar la propuesta de transacción el asunto debe figurar necesaria y expresamente en el orden del día de la convocatoria, para que sea la misma Junta que delibera sobre la acción de responsabilidad la que pueda adoptar asimismo el acuerdo de transigir con los administradores requerirá que el anuncio del ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores en el orden del día de la convocatoria responda a una iniciativa –y, por tanto, a una pretensión– de los accionistas y no de los propios administradores, bien como consecuencia de que hayan sido los socios los que hayan solicitado a aquellos que incluyeran en el orden del día de la Junta el ejercicio de la acción de responsabilidad contra ellos, bien como consecuencia de que la propia Junta general haya sido convocada a petición de los accionistas. POLO SÁNCHEZ, E., “Nuevas consideraciones sobre la transacción de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital”, ya cit., págs. 1421-1426. DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., pág. 315, es de la opinión de que “tanto la transacción como la renuncia a la acción tienen que ser objeto de deliberación en una Junta diferente de aquella en que se acordó su ejercicio”. Comparto la opinión de SÁNCHEZ CALERO, en cuanto a que dado el tenor literal del artículo 238.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 134.2 del TRLSA) la Junta general podrá en cualquier momento, incluso en la misma Junta general que adoptó el acuerdo del ejercicio de la acción de responsabilidad, y, siempre y cuando no ejerciten el derecho de oposición los socios minoritarios, transigir o renunciar el ejercicio de dicha acción, siendo necesario hacer constar en el orden del día tales extremos, cuando la renuncia o transacción tengan lugar en una Junta posterior. Igualmente, comparto la opinión de LARA, R., en cuanto a que la renuncia no necesita la preexistencia del acuerdo de interponer la acción, la Junta puede decidir, simplemente, que no se va a interponer la acción, cuestión distinta sería la renuncia

El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados¹⁷⁶⁹.

La aprobación de las cuentas anuales no impide el ejercicio de esta acción social, ni supone renuncia a la acción acordada o ejercitada¹⁷⁷⁰.

En cuanto a la prescripción de la acción social de responsabilidad, no hay duda de que se aplica el plazo cuatrienal del artículo 949 C.Com., plazo que se computa desde el día en que el administrador demandado cesara en su cargo¹⁷⁷¹.

después de que se hubiera acordado o entablado la acción de responsabilidad. Similares criterios cabe aplicar a la transacción, ya que en palabras de LARA, R., “La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad”, ya cit. pág. 102 “...la transacción no supone necesariamente la preexistencia de un acuerdo social de planteamiento de la responsabilidad de los administradores, ya que resulta posible que la Junta general adopte un acuerdo transigiendo con los administradores que pudieran resultar afectados a fin de evitar no solo la provocación de un pleito (transacción extrajudicial) o su continuación –poniendo fin al mismo una vez comenzado (transacción judicial)–, sino la propia adopción de un acuerdo de entablar la citada acción de responsabilidad (transacción, asimismo, extrajudicial)”. En este mismo sentido se pronuncia POLO SÁNCHEZ, E., “Nuevas consideraciones sobre la transacción de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital”, ya cit., pág. 1419, por lo que respecta a la transacción, “...cabe legítimamente que la Junta general, si nadie se opone a ello, delibere y vote directamente sobre la propuesta transaccional en lugar de hacerlo sobre el ejercicio de la acción. Sin embargo, este último autor disiente en cuanto a la renuncia y en la pág. 1416 dice: “estas conclusiones, que trasladadas a la renuncia de la acción de responsabilidad, hay que estimar correctas en cuanto que la Junta no puede renunciar a algo que no ha acordado o aprobado previamente como es ejercitar la acción...”. Por su parte DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., pág. 315, mantiene que “la opinión más acertada es la que sostiene que para que la Junta pueda acordar la transacción o la renuncia de la acción de responsabilidad frente a los administradores es preciso que con carácter previo se haya acordado su ejercicio, pero, por el contrario, no se requiere que se haya ejercitado ésta judicialmente en lo referente a la transacción”.

¹⁷⁶⁹ A tenor de lo previsto en el artículo 238.3 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 134.2, párrafo segundo del TRLSA). El efecto destitutorio afectará a los administradores contra los que la Junta haya acordado el ejercicio de la acción de responsabilidad o, en su caso, a los administradores con los que haya llegado a una transacción. La doctrina se muestra prácticamente unánime en estimar que “la destitución de los administradores se produce de forma automática, ya que es un efecto previsto en la ley, el acuerdo de la Junta general del ejercicio de la acción de responsabilidad. Pero este efecto automático no se considera de derecho necesario, sino que la propia Junta podrá eliminarlo de forma expresa, como también podrá eliminarlo una cláusula estatutaria. Se trata por consiguiente, de un efecto automático de carácter natural, pero no esencial”. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 358-359; en este mismo sentido véase POLO SÁNCHEZ, E., “Nuevas consideraciones sobre la transacción de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital”, ya cit., pág. 1434, donde recoge: “...me adherí finalmente a la casi unánime posición doctrinal que estimaba que el defecto destitutorio era un efecto natural y no esencial del acuerdo de promover la acción que podía, por tanto, ser enervado por un acuerdo contrario de la propia Junta manteniéndoles en su cargo”.

¹⁷⁷⁰ Según lo dispuesto en el artículo 238.4 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 134.3 del TRLSA). Nuestro legislador está concretando que la aprobación de las cuentas anuales no constituirá impedimento para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. En torno a esta cuestión cabe preguntarse sobre los efectos del acuerdo aprobatorio de la gestión social. Por coherencia, con el tratamiento legalmente dispensado a la aprobación de las cuentas anuales toca responder que tal aprobación no sería impeditiva, máxime teniendo en cuenta que una respuesta en sentido contrario supondría privar de la legitimación subsidiaria a la minoría de accionistas representantes del cinco por ciento del capital social. Véase LARA, R., “La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad”, ya cit. pág. 111; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 356-358; POLO SÁNCHEZ, E., “Nuevas consideraciones sobre la transacción de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital”, ya cit., pág. 1416. Por su parte DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., pág.321, opina que “este precepto en su conjunto resulta innecesario teniendo en cuenta el número 4 del artículo 133 (actual artículo 236.2 de la Ley de Sociedades de Capital) de la misma ley conforme al cual en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta. Es evidente que la aprobación de las cuentas anuales se encuentra dentro del supuesto de hecho del precepto citado, resultado en consecuencia este numeral innecesario o «superfluo».

Los Proyectos de 1970 y 1975, legitimaban a los miembros del Consejo de vigilancia, a la Junta general y a los accionistas que fueran titulares, al menos, del cinco por ciento del capital social para instar la acción social de responsabilidad contra los miembros del Comité de dirección¹⁷⁷², y a la Junta general, al Síndico (en caso de quiebra) y a los accionistas que fueran titulares, al menos, del cinco por ciento del capital social para instar la acción social de responsabilidad contra los miembros del Consejo de vigilancia¹⁷⁷³. Además, el Proyecto de 1975, ampliaba la legitimación, para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los miembros de ambos órganos, a los acreedores de la sociedad y en caso de quiebra al Síndico. El Proyecto de 1989 (en las disposiciones comunes a ambos sistemas de administración) decía que la acción social de responsabilidad podía ser entablada por el órgano de administración o por el órgano de vigilancia y que debía entablarse si así lo decidía la Junta general, pudiendo, además, ser entablada por accionistas que reunieran, al menos, el diez por ciento del capital social y por los acreedores cuando probaran que la SE no les podía satisfacer su crédito¹⁷⁷⁴. Además, este proyecto permitía la renuncia al derecho de entablar la acción social de responsabilidad¹⁷⁷⁵.

El Proyecto de 1991 reducía la legitimación, para entablar la acción social, a la Junta general y a los accionistas que representaran, al menos, el diez por ciento del capital suscrito¹⁷⁷⁶ y suprimió la posibilidad de renunciar a la acción social.

Se echa de menos, en la regulación de la acción social de responsabilidad, la legitimación del órgano de control para exigir la responsabilidad de los miembros del órgano de dirección. El legislador español, en virtud de la autorización genérica que el

¹⁷⁷¹ PERALTA LÓPEZ, M. y GÓMEZ VALENZUELA, E., “Responsabilidad del órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, número 271-272, agosto-septiembre 2007, pág. 97.

¹⁷⁷² En el Proyecto de 1970, el artículo 72.1 recogía la legitimación activa del Consejo de vigilancia y de la Junta general para el ejercicio de la acción social de responsabilidad y además, el apartado 2 del citado artículo otorgaba dicha legitimación al accionista o accionistas titulares del cinco por ciento del capital social o de un número de acciones cuyo valor nominal fuera de cien mil unidades de cuenta. A tal fin, los accionistas, si eran varios, debían de designar a un mandatario especial encargado de dirigir el proceso. En el Proyecto de 1975, también los apartados 1, 2 y 3 del artículo 72 se encargaban de regular esta materia en términos similares a como lo hacía su antecesor; en el apartado 4 se legitimaba a los acreedores que probaran que no habían podido satisfacer sus créditos para entablar la acción social de responsabilidad y en el apartado 5 se legitimaba, a estos efectos, al Síndico en caso de quiebra de la sociedad.

¹⁷⁷³ En los Proyectos de 1970 y 1975, la legitimación activa para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los miembros del Consejo de vigilancia se recogía en el artículo 81. Concretamente, en el Proyecto de 1970, los apartados 4 y 5 del artículo 81 otorgaban legitimación activa al Síndico (en caso de quiebra), a la Junta general y a los accionistas (en las mismas condiciones fijadas en el artículo 72); en el Proyecto de 1975, el artículo 81.5 regulaba esta materia en iguales términos que lo hacía su antecesor, pero además, otorgaba legitimación activa a los acreedores de la sociedad.

¹⁷⁷⁴ Según lo dispuesto en el artículo 78 del Proyecto de 1989, la acción social de responsabilidad debía de entablarse si así lo decidía la Junta general, pero también concedía legitimación activa, a estos efectos, al órgano de administración o al órgano de vigilancia (en función del sistema de administración elegido), a uno o varios accionistas que en conjunto reunieran el diez por ciento del capital de la SE y a cualquier acreedor que probara que la sociedad no le podía satisfacer su crédito.

¹⁷⁷⁵ En efecto, a tenor de lo previsto en el artículo 79 del Proyecto de 1989, la renuncia estaba supeditada a una decisión expresa de la Junta general adoptada con conocimiento de la falta cometida y de su efecto perjudicial para la sociedad, aunque tal decisión no podía adoptarse si se oponían uno o varios accionistas que en conjunto reunieran el diez por ciento del capital social. Las citadas disposiciones también eran de aplicación a toda transacción o pacto entre la sociedad y un miembro de alguno de sus órganos con motivo de una acción social de responsabilidad.

¹⁷⁷⁶ En el Proyecto de 1991 la legitimación activa para el ejercicio de la acción social de responsabilidad quedó limitada a la Junta general y a uno o varios accionistas titulares, al menos, del diez por ciento del capital suscrito (artículo 78). En consecuencia, se suprimió, tanto la legitimación de los acreedores, como la posibilidad de renunciar al ejercicio de la acción.

RESE le concedía para regular el sistema dual¹⁷⁷⁷, podía haber previsto este extremo, y sin embargo se ha limitado a declarar que el régimen previsto para los administradores de las sociedades anónimas nacionales es de aplicación para los miembros de los órganos de administración, de dirección y del Consejo de control, en el ámbito de sus respectivas funciones¹⁷⁷⁸. No obstante, debe reconocerse legitimación al Consejo de control para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los miembros del órgano de dirección, con los mismos requisitos y efectos equivalentes a los previstos para la Junta general, puesto que el Consejo de control ostenta la representación de la sociedad frente a los miembros de la Dirección¹⁷⁷⁹. Junta general y Consejo de control compartirían, por tanto, esta facultad que podrían ejercitar alternativamente¹⁷⁸⁰.

Algunos autores mantienen una opinión diferente, considerando que el poder de decisión sobre el ejercicio de la acción residirá en la Junta general. Sin embargo, acordado el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la Junta, la representación de la sociedad para la interposición de la correspondiente demanda contra los miembros del órgano de dirección recaerá sobre el órgano de control¹⁷⁸¹.

En mi opinión, considero que ambos, Junta general y Consejo de control, deben de estar legitimados para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, tanto porque los miembros del órgano de dirección son nombrados y revocados por el órgano de control y, a mayor abundamiento, dicho órgano es el representante de la sociedad frente al órgano de dirección, como por el hecho de que el Consejo de control es el encargado de vigilar y supervisar la gestión llevada a cabo por el órgano de dirección y, como consecuencia de dicha labor de vigilancia, debe de otorgársele la posibilidad de accionar frente a los miembros del órgano de dirección, cuando se constate que éstos han incurrido en una de las conductas tipificadas que dan lugar al ejercicio de la acción social de responsabilidad.

C. ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD

Nuestra Ley de Sociedades de Capital¹⁷⁸², también regula la acción individual de responsabilidad¹⁷⁸³ que puede ser entablada por los accionistas o terceros que consideren

¹⁷⁷⁷ En efecto, el artículo 39.5 del RESE contiene una autorización de carácter genérico a efectos de que los Estados miembros, que desconocen en su ordenamiento jurídico nacional el sistema dual, puedan adoptar las pertinentes disposiciones en orden a su regulación.

¹⁷⁷⁸ A tenor de lo dispuesto en el artículo 490 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 335 TRLSA). Este artículo se añadió al TRLSA como consecuencia de la Ley 19/2005 de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España y según se recoge en la Exposición de motivos (Exponendo I), en cumplimiento de lo establecido en el artículo 68 del RESE que imponía a los Estados miembros de la UE la obligación de adoptar todas aquellas disposiciones que fueran precisas para garantizar la efectividad de las normas de aplicación directa en él se contenidas.

¹⁷⁷⁹ Según lo dispuesto en el artículo 487 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 333.3 del TRLSA) “la representación de la sociedad frente a los miembros de la Dirección corresponde al Consejo de control”. En opinión de QUIJANO GONZÁLEZ, J., deberían de haberse incorporado nuevas reglas de legitimación, especialmente en el sistema dual, que permitieran que la acción social contra los miembros del órgano de dirección pudiera entablarse por acuerdo del órgano de control y no sólo de la Junta general. Véase QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico), ya cit., pág. 171.

¹⁷⁸⁰ CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., pág. 339.

¹⁷⁸¹ BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P., “Responsabilidad de los miembros de órganos de administración de la SE domiciliada en España: los artículos 51 del RESE y 335 del TRLSA”, ya cit., pág. 15.

¹⁷⁸² A tenor de lo dispuesto en el artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 135 del TRLSA). Este tipo de acción exige un daño “directo” en el patrimonio de socios o terceros y que el daño producido sea debido a una actuación antijurídica o por no desempeñar el cargo cumpliendo los deberes inherentes al mismo y de forma acorde al patrón que sería exigible en función de la actividad desarrollada. En este sentido, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual de responsabilidad*

que los actos de los administradores lesionan directamente sus intereses. En el sistema dual deberemos de tener en cuenta que los actos de los administradores, que lesionan directamente los intereses particulares, pueden serlo tanto de los miembros del órgano de dirección como del de control¹⁷⁸⁴.

La diferencia entre la acción social y la individual estriba en que en la acción social lo que se persigue es la reparación del daño causado en el patrimonio social, mientras que la acción individual persigue la reparación del daño producido directamente en los intereses de los accionistas o terceros (acreedores)¹⁷⁸⁵.

frente a los administradores de sociedades de capital, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pág. 104, señala: “el fundamento de la responsabilidad personal frente a sujetos distintos de la sociedad reside en que, los administradores como cualquier otra persona, están obligados a respetar las normas donde las hay, y donde no las hay, a comportarse conforme al estándar correspondiente al sector de actividad que realizan, en relación con el cumplimiento de un deber objetivo de cuidado que consiste en no dañar a los demás y omitir lo que les dañe en el ámbito de su propia posición de garantía. Esto es todo lo que dice el artículo 133.1 en conexión con el artículo 127.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (actuales artículos 236.1 en relación con los artículos 225.1 y 226 de la Ley de Sociedades de Capital) en cuanto al supuesto de hecho fundamento de su responsabilidad”; ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág., 170, dice que: “...la asunción del cargo es para el administrador fuente de deberes de cuidado respecto de los daños que se producen en el ámbito de su competencia y en ese sentido se viene atribuyendo relevancia a la inserción de la acción individual en el ámbito del desempeño de las funciones del cargo. Debe pues existir ilicitud o antijuridicidad de la conducta del administrador en relación con los deberes que le incumben”; MAIRATA LAVIÑA, J., “Responsabilidad de loa administradores y situaciones concursales”, ya cit., pág. 1385, recoge: “el interés tutelado es el de los socios y acreedores para reintegrar su propio patrimonio del daño causado directamente por la conducta de los administradores...es suficiente para que se genere responsabilidad el daño causado por actos realizados sin la diligencia con que deben desempeñar su cargo”.

¹⁷⁸³ El Proyecto de 1975 contemplaba la acción individual de responsabilidad por los daños causados a los accionistas o terceros, tanto por los miembros del órgano de dirección (artículo 72-a), como por los miembros del órgano de vigilancia (artículo 81-a). Ambos artículos, con una redacción similar, establecían que los miembros del Comité de dirección o del Consejo de vigilancia eran responsables frente a los accionistas de la SE y frente a los terceros, del perjuicio sufrido personalmente por éstos como resultado de una violación de las disposiciones del estatuto de la SE, de los estatutos de la sociedad o de cualquier otro incumplimiento de las obligaciones que eran de su incumbencia en el ejercicio de sus funciones.

¹⁷⁸⁴ Véase QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág.758, donde hace notar que: “la extensión no discutida de la acción individual al sistema dual podrá dar lugar, en virtud de la estructura orgánica propia de éste, a hipótesis de ejercicio más variadas que en el sistema monista: así por ejemplo, perjuicio individual a un socio o tercero por una actuación conjunta de los órganos de dirección y control (mediante decisión de uno y ratificación de otro, por ejemplo) que podrá dar lugar al ejercicio de la acción simultáneamente contra ambos; supuestos de ejercicio de la acción individual por un miembro de uno de los órganos (de dirección o control), en calidad de tercero, contra el otro órgano, o viceversa, a causa de un perjuicio directo”.

¹⁷⁸⁵ En este sentido, véase POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 371, donde recoge: “en efecto, si la acción social de responsabilidad constituye una acción de indemnización destinada a proteger y reintegrar el patrimonio social dañado como consecuencia de los actos o acuerdos de los administradores, la acción individual trata de defender y restaurar el patrimonio individual de aquellas personas, socios o terceros, que han visto lesionados directamente sus intereses por la actuación de los administradores de la sociedad”; ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad”, ya cit., pág. 154, indica: “del artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital) emerge con claridad el criterio de distinción entre las dos categorías de acciones: el patrimonio sobre el que incide el daño causado por la conducta de los administradores. Si el patrimonio perjudicado es el social, se podrá poner en marcha como mecanismo de reintegración la llamada acción social, mientras que en el caso de que se lesionen «directamente los intereses de socios o terceros» entra en juego la llamada acción individual”; GARRETA SUCH, J. M., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, ya cit., pág. 164, puntualiza: “la acción individual, por el contrario, es la atribuida a cualquier persona, sea o no accionista, o acreedor de la sociedad, por actos de los administradores que lesionan el patrimonio individual de aquellas, no el patrimonio social...En esta acción el bien jurídico protegido es el patrimonio individual del socio o del tercero, para cuya defensa se le otorga la titularidad de esta acción”; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las*

Para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad, siguiendo criterios jurisprudenciales, son exigibles los siguientes presupuestos: daño directo a los socios o terceros, actuación ilícita de los administradores en el ejercicio de su cargo, nexo causal entre la actuación de los administradores y el daño producido a los socios o terceros. Por lo tanto, para que pueda prosperar la acción individual de responsabilidad, tanto los socios demandantes, como los terceros, deberán acreditar que han sufrido un daño directo en su patrimonio por la conducta de los administradores¹⁷⁸⁶.

A mi juicio, merece una especial atención la acción individual de responsabilidad entablada por los acreedores sociales motivada fundamentalmente por la insolvencia de la sociedad, el endeudamiento progresivo de la misma y la inactividad de los administradores ante ese estado de insolvencia, que en algunos casos lleva incluso a la desaparición de hecho de la sociedad, sin que por parte de los administradores se adopten las pertinentes medidas que garanticen el pago de las obligaciones sociales. La antijuridicidad de estas conductas omisivas, ha llevado al TS a afirmar que la inactividad del administrador ante la insolvencia de la sociedad es causa eficiente de daños patrimoniales a terceros, al verse éstos imposibilitados para cobrar sus créditos ante la crítica situación económica de la sociedad, por cesar de hecho en su actividad sin haber cumplido el administrador las previsiones legalmente dispuestas ante esta situación¹⁷⁸⁷.

sociedades de capital, ya cit., pág. 362, señala: “primero la doctrina y luego la jurisprudencia han puesto claramente de manifiesto, que el daño directo a los socios o a los terceros, es una nota distintiva del ejercicio de la acción individual frente al de la acción social de responsabilidad”. A pesar de la independencia de ambas acciones cabe, sin embargo, apreciar que tienen ciertos elementos comunes, en este sentido se pronuncia ALCALÁ DÍAZ, M. A. cuando dice que las dos acciones “parten de una serie de elementos en común, como son su origen orgánico (en cumplimiento del deber de diligencia como pauta ordenadora de la actividad de los administradores, artículos 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y 127 del TRLSA), así como los elementos constitutivos que dan lugar a la responsabilidad; daño, culpa, relación de causalidad entre el daño y la actividad culposa de los administradores”. Véase ALCALÁ DÍAZ, M. A., “Acción individual de responsabilidad frente a los administradores (STS de 21 de mayo de 1992, RJ 1992, 4274)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 1, 1993, pág. 168.

¹⁷⁸⁶ Debe de darse un comportamiento antijurídico, comportamiento inadecuado en función de lo exigible a tenor de lo previsto en los artículos 236.1 en conexión con los artículos 225.1 y 226 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 133.1 y 127.1 del TRLSA), un daño “directo” en el patrimonio de los socios o terceros y un nexo causal entre ambos, cuya prueba incumbirá al tercero o socio que sufrió el daño. Véase ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad”, ya cit., págs. 169-176. Puede consultarse, también, en relación con los presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 381-388; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., págs. 341-347; RIBELLES ARELLANO, J. M., “Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades”, ya cit., págs. 340-343.

¹⁷⁸⁷ Bajo la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 era frecuente, tal y como se demuestra por la experiencia jurisprudencial, que la acción individual de responsabilidad se interpusiera por los acreedores cuando la sociedad era insolvente, ahora bien, la vigencia del artículo 262, tras su introducción en el texto refundido de 1989 (actuales artículos 364 a 367 de la Ley de Sociedades de Capital), ha incrementado de forma extraordinaria el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores, bajo un régimen que según se ha dicho es diverso del previsto en el artículo 135 (actual artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital), pero que con frecuencia en las demandas se ve mezclado con el otro régimen. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 384. En este sentido, ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y frente a los terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Paracuellos del Jarama (Madrid), 1996, pág. 1701, argumenta que “no parece fundado cargar sobre la institución de la responsabilidad civil tal como viene configurada en el artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital) la solución de todos los problemas de las sociedades en crisis...Pero tampoco debe estar desprotegido el acreedor ante los supuestos de actuación claramente abusiva de su posición orgánica en la sociedad, como sucede en los casos en que su comportamiento va dirigido a provocar el incumplimiento de las deudas sociales colocando a las sociedades en situación de despatriarquización y vaciamiento de fondos en interés propio o de determinados terceros (en

Nuestro TS, al afirmar la antijuridicidad de esta conducta omisiva, ha señalado reiteradamente las conexiones entre la responsabilidad derivada de esta omisión y la resultante de omitir o dilatar la solicitud de la declaración concursal de la sociedad¹⁷⁸⁸.

La mayor dificultad se presenta a la hora de delimitar qué actuaciones de los administradores pueden dar lugar al ejercicio de esta acción individual de responsabilidad, en definitiva, se trata de delimitar su ámbito de aplicación.

Sentado el principio de que debe darse una lesión “directa” en el patrimonio de los socios o terceros, el artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 135 del TRLSA) se está refiriendo a los actos de los administradores llevados a cabo como administrador de la sociedad (relación orgánica) y no a cualesquiera otros actos que realice en su esfera personal que, obviamente, nada tendrán que ver con la sociedad (actos extraorgánicos). Ahora bien, situados en el terreno relativo a los actos que realiza en el campo de la actividad societaria (las personas jurídicas para desplegar su actividad requieren valerse de personas físicas) habrá que tener en cuenta que los actos realizados por los administradores, en el ejercicio de la actividad social, deben de ser considerados como actos de la persona jurídica y por ello imputables a dicha persona jurídica. Por tanto, la responsabilidad por dichos actos recaerá sobre la sociedad, quien en determinados supuestos, y mediante la acción social de responsabilidad, podrá repetir contra los administradores que considere culpables.

Por consiguiente, cabe preguntarse a qué actos realizados por el administrador en el ejercicio de la actividad social se está refiriendo el artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 135 del TRLSA). Entiendo que se está refiriendo a determinados actos, actos concretos que realiza el administrador investido como tal, pero en los que se aprecia una conducta que no puede ser imputable a la sociedad, ya que aún sabiendo que se le exige la observancia de determinadas obligaciones de carácter legal o estatutario, así como un estándar en su actuación, hace caso omiso e incumple deliberadamente los parámetros fijados. Se refiere a actos que están realizados con el grado de culpabilidad que prevé el artículo 236.1, en relación con los artículos 225.1 y 226, de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 133.1 y 127.1 del TRLSA)¹⁷⁸⁹.

especial en los supuestos de «liquidación societaria de hecho» con trasvase de fondos a nueva sociedad bajo el mismo control o de simple vaciamiento patrimonial de sociedades). Ese comportamiento ilícito sí encuentra amparo en el artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital)...Nuestro legislador, reforzando la responsabilidad de los administradores, ha dado algún paso, en relación con estos problemas, con ocasión de la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (artículo 262.5 –actual artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital–)”.

¹⁷⁸⁸ PERALTA LÓPEZ, M. y GÓMEZ VALENZUELA, E., “Responsabilidad del órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., págs. 97 y 98. En este mismo sentido DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., pág. 352, este autor siguiendo a SÁNCHEZ CALERO, F., señala que procede la acción individual de responsabilidad de los administradores “cuando ante la insolvencia de la sociedad los administradores no proceden a la disolución y liquidación de la misma, causando con ello un daño a los accionistas o terceros o cuando consientan la desaparición del patrimonio sin acudir al correspondiente proceso concursal, generando un daño a algún acreedor por no aplicarse la *par conditio creditorum*”.

¹⁷⁸⁹ En este sentido, véase POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 372-373, donde recoge: “los administradores constituyen un órgano social cuya actuación, en cuanto tal órgano, se imputa directamente a la persona jurídica sociedad...declarada la responsabilidad de la sociedad, ésta podría repetir luego contra el administrador...renaciendo en suma una acción social de responsabilidad contra el administrador culpable...La responsabilidad de los administradores frente a los terceros es, pues, una responsabilidad extracontractual derivada del daño producido por una acción u omisión culpable realizada investidos de su cargo”; GARRETA SUCH, J. M., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, ya cit., págs. 170-171, puntualiza: “...la Ley se refiere a actuaciones singulares, concretas e individualizadas...actos realizados dentro de su esfera de gestión o representación o en su condición de administradores...que no pueden ser atribuidos directamente a la sociedad... han de ser culpables, es decir

Otra de las cuestiones más debatidas, tanto doctrinal, como jurisprudencialmente en relación con la acción individual de responsabilidad, es la relativa a su naturaleza. Nuestro TS se ha pronunciado al respecto, aunque sea en relación con el plazo de prescripción aplicable¹⁷⁹⁰. Lo cierto es que sobre el tema de la prescripción de la acción individual de responsabilidad entablada por el acreedor social ha habido cierta discrepancia entre las resoluciones de nuestros Tribunales; las sentencias más antiguas establecen que el plazo de prescripción de la acción es el de un año del artículo 1968. 2º CC¹⁷⁹¹; ahora bien, sentencias posteriores¹⁷⁹² entienden, alegando razones de uniformidad y seguridad jurídica, o por considerar que no se trata de responsabilidad extracontractual, que a la acción individual entablada por el acreedor social resulta aplicable el mismo plazo cuatrienal del artículo 949 del C.Com¹⁷⁹³. El *dies a quo* del plazo de prescripción se cuenta desde el cese en el cargo.

A mayor abundamiento hay que tener en cuenta que esta materia se regulará por lo previsto en la legislación nacional de los Estados miembros, puesto que el RESE no hace mención alguna en cuanto a la prescripción de la acción de responsabilidad¹⁷⁹⁴.

realizados con el grado de culpabilidad que prevé el artículo 133 del TRLSA (actual 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital)”; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*, ya cit., pág. 181, señala: “la responsabilidad frente a socios o terceros no deriva del incumplimiento del deber de administrar, entendido como deber de prestación que integra la relación jurídica de administración que les vincula con la sociedad, sino de no emplear la diligencia de un “ordenado empresario” en el cumplimiento de un deber objetivo de cuidado en relación con la esfera personal de los socios individualmente considerados y los terceros potencialmente afectados por su actuación...”; ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad”, ya cit., pág. 163, especifica: “nos parece que la virtualidad del artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital) como norma explícita de responsabilidad (directa extracontractual) de los administradores es doble, en cuanto, en sentido negativo, evita la inmunidad derivada de la teoría del órgano que trasladaría toda la responsabilidad frente a socios y terceros a la persona jurídica administrada y, en positivo, destaca la especificidad orgánico-societaria”.

¹⁷⁹⁰ ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad”, ya cit., págs.165-167, recoge: “...la relevante sentencia de 20 de julio de 2001 (RJ 2001/6963) fija doctrina declarando un plazo de prescripción de 4 años –como plazo unificado para todas las acciones por la actividad orgánica– con argumentos que pretenden desactivar y desdibujar la polémica sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la acción individual de responsabilidad de los administradores frente a terceros”.

La STS de 7 de mayo de 2004 (RJ 2004/2155 de Aranzadi), ha reiterado y afirma, en el fundamento de derecho segundo, que “en la actualidad tal cuestión está definitivamente zanjada por la Sentencia de esta Sala de 20 de julio de 2001 (RJ 2001/6963), que establece que el plazo de prescripción aplicable a la acción individual de responsabilidad contemplada en el artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital) es el de cuatro años”.

¹⁷⁹¹ Por remisión del artículo 943 del C.Com. que se refiere a “las acciones que en virtud de este Código no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio se regirán por las disposiciones del derecho común”. Si bien, hay que tener en cuenta que el propio Código asigna en su artículo 949 un plazo determinado de cuatro años a “la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades”. A mayor abundamiento, no hace distinción alguna relativa a que, el indicado plazo cuatrienal, se entiende referido solamente a la acción que contra el administrador ejerciten los socios (STS 749/2001 de 20 de julio, RJ 200973 de Iustel).

¹⁷⁹² Véase, entre otras, las STS: 749/2001 de 20 de julio (RJ 200973 de Iustel); 1238/2006 de 30 de noviembre (RJ 257834 de Iustel); 472/2008 de 26 de mayo (RJ 279841 de Iustel); 669/2008 de 3 de julio (RJ 282891 de Iustel); 794/2008 de 29 de julio (RJ 282992 de Iustel).

¹⁷⁹³ PERALTA LÓPEZ, M. y GÓMEZ VALENZUELA, E., “Responsabilidad del órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., pág. 98. En este mismo sentido SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 399, manifiesta que: “ha de considerarse positiva la unificación del plazo de prescripción y la unificación de la doctrina efectuada por la Sala Primera, que es única, al tiempo que se deben elogiar el cuidado con el que la STS de 20 de julio de 2001 está redactada y los fundamentos en que se asienta, dejando de lado la eventual naturaleza jurídica de las acciones ejercitadas contra los administradores”.

¹⁷⁹⁴ Los Proyectos de 1970 y 1975 fijaban un plazo de prescripción de tres años, tanto para los miembros del órgano de dirección (artículo 71.4 del Proyecto de 1970 y 71.5 del Proyecto de 1975), como para los miembros del órgano de control (artículo 81.3 del Proyecto de 1970 y 81.4 del Proyecto de 1975). Los

Ahora bien, una cosa es que, jurisprudencialmente, el plazo de prescripción de la acción individual de responsabilidad se haya fijado en cuatro años, por considerar que estamos ante una acción regulada por normas de carácter mercantil y societario, y otra cosa distinta es determinar cuál es la naturaleza de dicha acción. La doctrina mantiene diversas posturas en esta materia. Algunos apoyan la teoría de que la acción individual tiene un carácter contractual¹⁷⁹⁵, mientras que otros defienden el carácter mixto (contractual-extracontractual)¹⁷⁹⁶, otros consideran que el carácter es orgánico¹⁷⁹⁷, también hay quienes sostienen que el carácter es extracontractual¹⁷⁹⁸.

Proyectos de 1989 y 1991, fijaban para los miembros de los órganos de ambos sistemas de administración un plazo de prescripción de cinco años (artículo 80 en ambos proyectos).

¹⁷⁹⁵ En este sentido se pronuncia LLEBOT MAJÓ, J., “El sistema de responsabilidad de los administradores. Doctrina y jurisprudencia”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 7, 1996, pág. 51, donde recoge: “establecido el criterio de distinción entre la acción social y la acción individual en el carácter colectivo o individual del deber infringido por los administradores, el segundo problema que plantea la existencia de estas dos acciones, esto es, el de su naturaleza jurídica, debe resolverse, de acuerdo con nuestras premisas, en el sentido de afirmar la naturaleza societaria y contractual de ambas acciones”. Según entiende este autor los deberes impuestos por la ley a los administradores, en protección de socios y terceros, establece entre éstos y aquéllos una relación obligacional a cuyas infracciones sería aplicable el régimen contractual de responsabilidad.

¹⁷⁹⁶ Así, POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., págs. 375-376, señala: “frente a los terceros se tratará siempre de una responsabilidad extracontractual que sólo nacerá de aquellas actuaciones culpables de los administradores, tanto si son puramente personales como orgánicas, siempre –en este último caso– que se trate de actos de gestión y no de representación, en cuyo caso sería la sociedad la única responsable. En cambio, frente a los accionistas, la “organicidad” o no del acto lesivo o su pertenencia o no pertenencia a la esfera de competencias orgánicas influirá directamente sobre la naturaleza –contractual o extracontractual– de la responsabilidad de los administradores, pero tampoco sobre su nacimiento y exigencia por los socios”. También, GARRETA SUCH, J. M., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, ya cit., págs. 171-172, donde indica: “la falta de concreción de los supuestos que cubre el artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital) se ha traducido en la indeterminación de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad reclamada. No existe unanimidad doctrinal ni jurisprudencial en su determinación. En puridad diríamos que cuando la responsabilidad tiene su origen en una relación orgánica del administrador, la responsabilidad es de naturaleza contractual, mientras que si se llega a la conclusión de que la responsabilidad del administrador no se funda, exclusivamente, en una relación orgánica, tiene carácter extracontractual...”; ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C. *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., págs. 220, opina: “la acción individual de responsabilidad puede tener su origen en la relación entre socio y administrador, en cuyo caso estaremos ante una relación de carácter contractual; o puede haberse originado en la relación entre un tercero acreedor y el administrador, supuesto de relación extracontractual, dado que el acreedor ha contratado con la sociedad, pero no con el administrador, aunque éste haya representado a la sociedad”; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 398, manifiesta: “... el artículo 135 (actual artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital) abarca unas acciones de indemnización, que pueden ser en unos supuestos de naturaleza contractual (en especial cuando el daño directo se ha causado al socio en su condición de tal), o bien de naturaleza extracontractual (cuando el daño directo se ha producido a terceros o a los socios que actúan como terceros)”; ROBLES MARTÍN- LABORDA, A., “La limitación estatutaria de la responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 248, abril-junio 2003, pág. 686, puntualiza: “...no es posible determinar a priori la naturaleza de la responsabilidad del administrador frente a socios y terceros, puesto que dependerá en cada caso de la norma que la fundamente. Cuando la responsabilidad frente a los socios tenga su origen en la gestión del contrato social debe ser calificada, en principio, como extracontractual, puesto que lo que aquél regula directamente son las relaciones, no entre el socio y el administrador, sino entre el socio y la sociedad. Dicha responsabilidad tendrá carácter contractual cuando se derive de relaciones particulares entre el administrador y el socio en las que sea relevante la condición de administrador de aquél (por ejemplo, cuando el socio le encarga buscar comprador para sus acciones)...”.

¹⁷⁹⁷ Entre ellos, MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*, ya cit., págs. 147-148, considera que “...hay que determinar el ámbito de responsabilidad de los titulares de posiciones orgánicas y distinguirlo del

Personalmente me inclino por considerar que esta acción tiene un carácter mixto; será contractual cuando la relación entre el socio y los administradores tenga carácter orgánico y extracontractual cuando no tenga dicho carácter. Frente a terceros considero que, en todo caso, será extracontractual.

Por último apuntaré que, a efectos de la interposición de esta acción individual, será necesario determinar en cada supuesto, cuales son los actos que, según lo establecido en nuestra legislación (artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 135 del TRLSA–), “lesionan directamente” los intereses de socios y terceros. En este ámbito cabe distinguir varios grupos de casos: a) ilícitos de empresa, b) intromisión ilícita del administrador en la relación entre socio y sociedad, c) intromisión lesiva en el proceso de formación de la voluntad del tercero-acreedor (o del socio), d) intromisión lesiva en la fase de ejecución de las relaciones existentes entre la sociedad y los terceros acreedores¹⁷⁹⁹.

3. SUPUESTOS ESPECIALES

Como supuestos especiales de responsabilidad, que serán de aplicación a los miembros de los órganos de las SE domiciliadas en España, encontramos: los derivados de la responsabilidad penal (delitos societarios)¹⁸⁰⁰; los que en función de la actividad

propio de la sociedad mediante el recurso a los criterios de exclusión de la imputación objetiva, que tienen por finalidad la delimitación de la esfera de responsabilidad de cada sujeto (su «posición de garantía»).

¹⁷⁹⁸ Teoría seguida por ESTEBAN VELASCO. G., “La acción individual de responsabilidad”, ya cit., pág. 168, donde recoge que “a nuestro entender debe recibir la caracterización de extracontractual tanto en los casos en los que la actividad empresarial imputable al administrador provoque daño a tercero que no esté previamente vinculado a la sociedad por una relación jurídica (daños a bienes o intereses de terceros) –en los que la naturaleza extracontractual no puede ponerse en duda–, como cuando el administrador interfiere lesivamente en la relación jurídica del socio con la sociedad (derechos patrimoniales y administrativos del socio, también “terceros” para el administrador, aunque debe de reconocerse que materialmente muy singulares) así como en los casos en que la intromisión lesiva se produce en las relaciones jurídicas externas de la sociedad con los acreedores, bien incida en la ejecución de relaciones jurídicas ya constituidas entre la sociedad y terceros (compraventas, préstamos, suministros, etc.) o bien en la formación de relaciones jurídicas (tratos preliminares o deberes precontractuales que inducen o conducen a constituir relaciones jurídicas de esos (socios o) terceros con la sociedad: suscripción de acciones o realización de otras operaciones de financiación o suministro, en particular en situación de grave crisis económica de la sociedad ocultada a los contratantes)”. En éste mismo sentido RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, ya cit., pág. 267, que opina que esta acción frente a los administradores deberá de ser considerado, en todo caso, como de carácter extracontractual; RIBELLES ARELLANO, J. M., “Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades”, ya cit., pág. 338, que señala que “la responsabilidad es claramente extracontractual y exige la concurrencia de los presupuestos del artículo 1902 del CC y, entre ellos, el indispensable nexo causal”.

¹⁷⁹⁹ ESTEBAN VELASCO. G., “La acción individual de responsabilidad”, ya cit., págs. 176-211. El mérito de la formulación y clasificación de estos grupos de casos se debe al profesor ESTEBAN VELASCO, que en las indicadas páginas desarrolla ampliamente cada uno de los grupos referenciados. También el profesor SÁNCHEZ CALERO, F., señala algunos casos en los que procede la acción individual, si bien, los supuestos que recoge lo son a modo de ejemplo, véase SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores (artículos 123 a 143)”, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, ya cit., págs. 328-329.

¹⁸⁰⁰ Recogidos en los artículos 290 a 297 del Código Penal. La normativa penal presenta una relación indirecta con el artículo 262.5 del TRLSA (actual artículo 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital), que facilita la operatividad de la misma en el ámbito civil. Concretamente, a través del delito societario que recoge el artículo 290 del Código Penal se facilita el conocimiento, por parte de los acreedores sociales, de la concurrencia de la causa disolutiva cuarta del artículo 260.1 del TRLSA (actual artículo 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital –disolución por pérdidas patrimoniales agravadas–, pues con la conducta tipificada en tal precepto penal se puso coto preventivo, en cierta medida, a los posibles manejos contables de los administradores, que dotarían de opacidad a las pérdidas patrimoniales referidas y dificultarían su acreditación judicial. Una contabilidad ajustada al principio de imagen fiel reflejará inmediatamente la mencionada causa disolutiva y permitirá actuar a los acreedores en defensa de sus derechos. mediante la utilización del importante instrumento que es la responsabilidad de los administradores por no disolución. Véase RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. Y HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, ya cit., pág. 403.

específica de la sociedad (actividades sometidas a regulación o control administrativo) puedan derivarse en vía administrativa¹⁸⁰¹; y los procedentes del ámbito fiscal¹⁸⁰². Obviamente, se deberá de adecuar cada una de las responsabilidades aludidas, a las diversas modalidades organizativas en función del sistema por el que la SE haya optado (sistema monista o sistema dual).

Además, en función de lo dispuesto, tanto en el RESE¹⁸⁰³, como en nuestra Ley de Sociedades de Capital¹⁸⁰⁴, se aplicará a los miembros de los órganos de dirección, de control o de administración de las SE domiciliadas en España, la responsabilidad contemplada en los artículos 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.5 del TRLSA)¹⁸⁰⁵, 360.1.b), segundo párrafo de la Ley de Sociedades de Capital¹⁸⁰⁶ y 172 bis de la Ley Concursal –introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre– (antiguo artículo 172.3). Estos artículos recogen supuestos especiales de responsabilidad por las deudas sociales; los contenidos en la Ley de Sociedades de Capital tienen carácter sancionador y establecen la responsabilidad solidaria de los administradores, bien cuando estos incumplan la obligación de procurar la disolución de la sociedad o de solicitar el concurso, o bien cuando transcurrido un año desde la adopción del acuerdo de reducción del capital social por debajo del mínimo legal, como consecuencia del cumplimiento de una ley, no se hubiere inscrito en el Registro Mercantil la transformación, la disolución de la sociedad o el aumento del capital social hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal; el contenido en la Ley Concursal posibilita que se haga responsables, de forma total o parcial, a los administradores, del déficit social.

A. EL ARTÍCULO 367 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

El artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.5 del TRLSA) hace responsables solidarios, de las obligaciones sociales posteriores al

¹⁸⁰¹ De hecho, dejando aparte lo establecido en las Leyes administrativas, nuestra Ley de Sociedades de Capital regula algunas sanciones de este tipo, como son las contenidas en el artículo 157 (antiguo artículo 89 del TRLSA) relativo a la infracción de las normas de negocios sobre las propias acciones o en el artículo 283 (antiguo artículo 221 del TRLSA) sobre incumplimiento del depósito de la cuentas anuales. En relación con el régimen sancionador en los negocios sobre las propias acciones puede consultarse DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., págs. 436-441.

¹⁸⁰² Se deberá de tener en cuenta en esta materia, sus propias normas en cuanto al régimen de responsabilidad: subsidiariedad, solidaridad, etc.

¹⁸⁰³ Efectivamente, el artículo 63 del RESE en lo referente a la disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos o procedimientos análogos, se remite a la legislación nacional aplicable a las sociedades anónimas donde la SE tenga su domicilio social.

¹⁸⁰⁴ Según lo dispuesto en el artículo 490 (antiguo artículo 335 del TRLSA), que declara de aplicación a los miembros de los órganos de administración, de dirección y del Consejo de control, las disposiciones sobre responsabilidad previstas para los administradores de las sociedades anónimas.

¹⁸⁰⁵ El artículo 262.5 del TRLSA (actual artículo 367.1. de la Ley de Sociedades de Capital) fue modificado por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, suavizando su contenido, puesto que, en virtud de ésta modificación los administradores sólo responderán de las “obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución”. Si bien, el párrafo segundo, invirtiendo la carga de la prueba, presume que las obligaciones sociales reclamadas son de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución, salvo prueba en contrario de los administradores.

¹⁸⁰⁶ Este apartado b) del artículo 360.1 ha sido añadido por la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio y publicada en el BOE número 161, de 3 de julio de 2010, con una redacción muy similar a la que contenía el antiguo artículo 108 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Con la adición de este apartado a la Ley de Sociedades de Capital, se establece una nueva responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas, por la que responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales.

acaecimiento de la causa legal de disolución, a los administradores que no convoquen¹⁸⁰⁷ la Junta general para adoptar, si procediera, el acuerdo de disolución o a los que, en su caso, no soliciten la disolución judicial de la sociedad¹⁸⁰⁸ o si procediere el concurso de la misma¹⁸⁰⁹. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que en los sistemas duales el Consejo de control también tiene competencia para convocar la Junta general según lo previsto en el RESE¹⁸¹⁰ y en nuestra Ley de Sociedades de Capital¹⁸¹¹ y por lo tanto, esta especial responsabilidad por las deudas sociales puede alcanzar a sus miembros, convirtiéndoles, en su caso, en responsables solidarios con los miembros del órgano de dirección¹⁸¹².

El legislador español, al regular la responsabilidad de los miembros de los diversos órganos de las SE domiciliadas en España, se ha limitado a declarar que las disposiciones sobre responsabilidad previstas para los administradores de sociedades anónimas se aplicarán a los miembros de los diversos órganos de las SE en el ámbito de sus respectivas funciones, ante esta escueta regulación reviste un especial interés la determinación de las personas responsables, especialmente en el supuesto de que la SE haya optado por un

¹⁸⁰⁷ En efecto, el artículo 364 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.1 del TRLSA) dice que cuando concurren alguno de los casos previstos en el artículo 363 para la disolución de la sociedad se requerirá un acuerdo de la Junta general. A tenor de lo previsto en el artículo 365.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.2 del TRLSA), los administradores deberán convocar la Junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, en el caso de que la sociedad fuera insolvente, “ésta” inste el concurso. Se aprecia, en la redacción dada a esta materia por la Ley de Sociedades de Capital, un matiz que considero importante, puesto que la convocatoria de la Junta general, a tenor de lo dispuesto en el artículo 365.1, tiene por objeto, bien adoptar el acuerdo de disolución o, en caso de que la sociedad fuera insolvente, instar el concurso. El antiguo artículo 262.2, párrafo segundo del TRSA, facultaba a los administradores, cuando se producían pérdidas que dejaban reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social y siempre que la referida reducción determinara la insolvencia de la sociedad (según el artículo 2 de la Ley Concursal), para solicitar la declaración de concurso.

¹⁸⁰⁸ Según lo dispuesto en el artículo 366.2 de la Ley de Sociedades de Capital, los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses contados, bien desde la fecha en que debió celebrarse la Junta (supuestos en que a pesar de estar convocada no llega a celebrarse) o bien desde la fecha en que se celebró la Junta cuando ésta no hubiere adoptado el correspondiente acuerdo de disolución (por ser contraria a la misma, o por no conseguir llegar a ningún acuerdo). En relación con la responsabilidad derivada por el incumplimiento las obligaciones contenidas en los artículos 365 y 366 de la Ley de Sociedades de Capital, PULGAR EZQUERRA, J., “La extinción de las sociedades de capital: disolución, liquidación y cancelación registral”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 36, 2011-1, pág. 206, indica que esta responsabilidad constituye, “particularmente cuando la causa de disolución que concurre sean las pérdidas societarias cualificadas, un importante mecanismo de tutela de los acreedores sociales que, como acontecía en el marco del artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, conlleva un potente mecanismo preconcursal que persigue la disolución de la sociedad mientras mantenga un patrimonio suficiente para hacer frente a todas sus deudas, protegiéndose en otras ocasiones mediante este régimen de responsabilidad al socio minoritario”.

¹⁸⁰⁹ La disolución judicial o el concurso, en su caso, deberán solicitarse en el plazo de dos meses contados, bien desde la fecha prevista para la celebración de la Junta cuando esta no se haya celebrado, o desde el día de la Junta, cuando a pesar de haberse celebrado el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución (artículo 367.1 de la Ley de sociedades de Capital –antiguo artículo 262.5 del TRLSA–, este artículo decía que: “...cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso”); el actual artículo 367.1 obvia la referencia al concurso, probablemente por un descuido, ya que, en todo caso, el citado artículo 367.1 dice literalmente que los administradores serán responsables cuando “...no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad...”.

¹⁸¹⁰ A tenor de lo establecido en el artículo 54.2 la Junta general “podrá ser convocada en todo momento por el órgano de dirección, el órgano de administración, «el órgano de control» o... con arreglo a la legislación nacional aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio de la SE”.

¹⁸¹¹ Véase el artículo 492.2 y 3 (antiguo artículo 337.2 y 3 del TRLSA). Nuestro legislador ha previsto, para las SE que decidan establecerse en España y opten por el sistema dual de administración, que cuando las juntas “no fueran convocadas dentro de los plazos establecidos por el Reglamento (CE) nº 2157/2001 o los estatutos, podrán serlo por el «Consejo de control»”, asimismo, “el «Consejo de control» podrá convocar la Junta general de accionistas cuando lo estime conveniente para el interés social”.

¹⁸¹² QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág., 759.

sistema de administración dual desconocido en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que si estatutariamente hubiera optado por un sistema monista de administración, bastará con aplicar a sus administradores todo lo que nuestra Ley de Sociedades de Capital (siempre dentro del respeto al RESE) prevé para los administradores de las sociedades anónimas nacionales.

Ahora bien, si estatutariamente se opta por un sistema de administración dual nos encontramos con un doble órgano: el de dirección, que es el encargado de la gestión y representación de la SE, que tiene el deber de informar al órgano de control al menos cada tres meses y cada vez que se produzca un hecho relevante (sin perjuicio de que el órgano de control podrá recabar cuanta información considere necesaria) y el de control, encargado de supervisar, vigilar, fiscalizar la gestión llevada a cabo por el órgano de dirección (a cuyos efectos podrá realizar consultas, comprobaciones, solicitar informes, nombrar y revocar a los miembros del órgano de dirección, decidir que determinadas operaciones se sometan a su previa autorización).

Ante una situación de crisis patrimonial recaen en los administradores, en virtud de lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital, una serie de obligaciones tendentes a garantizar a los acreedores la satisfacción de sus créditos, cuales son, el deber de promover la disolución de la SE, cuando concurren determinadas circunstancias, o de solicitar el concurso de la SE, cuando se den situaciones de insolvencia.

Puntualizaré, por último, que el artículo 262.5 del TRLSA (actual artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital) fue modificado por la Ley 19/2005¹⁸¹³ y que en su nueva redacción se restringe la responsabilidad de los administradores a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución¹⁸¹⁴, pero se ha añadido un último párrafo por el que se presumirá que las obligaciones sociales reclamadas son de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución, salvo que los administradores (miembros de los diversos órganos en función del sistema de administración elegido) acrediten que son de fecha anterior (inversión de la carga de la prueba)¹⁸¹⁵.

¹⁸¹³ Mediante la Ley 19/2005, se cumple el mandato legislativo contenido en la disposición adicional tercera de la Ley 22/2003, de 9 de julio (Ley Concursal), publicada en el BOE de 10 de julio de 2003, a fin de adecuar a la misma las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada. La única modificación que, a través de la Ley 19/2005, se opera en artículo 262.5 del TRLSA (actual artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital) tiene una relevante importancia, puesto que limita la sanción a los administradores incumplidores, a las obligaciones posteriores al acaecimiento de la causa de disolución. Véase BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 234.

¹⁸¹⁴ Efectivamente, el punto 8, de la disposición final primera de la Ley 19/2005, ha modificado el artículo 262.5 del TRLSA y la disposición adicional segunda de dicha ley, el artículo 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, limitando la responsabilidad de los administradores exclusivamente para el caso de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución. Véase DÍAZ DEL HOYO, M. A., “La responsabilidad de administradores por deudas sociales, las sociedades fantasma y la nueva Ley 19/2005 de 14 de noviembre, sobre, la sociedad anónima europea domiciliada en España”, *La Ley*, número 6376, diciembre 2005, pág. 2.

¹⁸¹⁵ CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., págs. 339-340. En este mismo sentido DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., pág. 410, especifica: “...la reforma ha introducido un párrafo segundo en el número 5 de los artículos 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (actual artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital) que establece una presunción *iuris tantum* de que las obligaciones son de fecha posterior. Consiguientemente, el administrador que pretende alegar que la deuda que se reclama es anterior a la causa legal de disolución deberá probarlo, invirtiendo así la carga de la prueba que, por lo general, corresponde al que afirma no al que niega (*incumvit probatio qui disit, non qui negat*)”.

a. RESPONSABILIDAD POR NO PROMOVER LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

Cuando la sociedad esté incurso en causa de disolución¹⁸¹⁶, recae sobre los administradores la obligación de convocar, en el plazo de dos meses, la Junta general para que adopte el acuerdo de disolución, además, cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si a su juicio concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente¹⁸¹⁷. A tenor de lo dispuesto en nuestra legislación la obligación de

¹⁸¹⁶ El RESE, a diferencia de lo que sucedía en anteriores proyectos, remite las cuestiones relativas a la disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos y procedimientos análogos a lo dispuesto al efecto en las legislaciones del Estado miembro del domicilio de la SE para sus sociedades anónimas nacionales, incluyendo en dicha remisión, las disposiciones relativas a la adopción de decisiones por la Junta general (artículo 63 del RESE). El Proyecto de estatuto de SE de 1975, dedicaba a ésta temática el Título IX, que estaba dividido en tres secciones, la sección primera se ocupaba de la disolución (artículos 247 a 250), la sección segunda hacía referencia a la liquidación (artículos 251 a 260-b) y la tercera estaba dedicada a la quiebra, convenios y procedimientos análogos (artículos 261 a 263) y a pesar de que la regulación de estos temas no planteó mayores dificultades a la Comisión, lo cierto es que el tratamiento de algunas cuestiones resultó ser novedoso en relación con los Derechos nacionales. Véase AGUILERA RAMOS, A., “Régimen de disolución en el Proyecto de estatuto de SE”, *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*, GIRÓN TENA, J., (director), Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1978, págs. 335-356.

¹⁸¹⁷ En efecto el artículo 365.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.2 del TRLSA) establece que “los administradores deberán convocar la Junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, «ésta inste el concurso»”. Es importante destacar que la redacción dada a este artículo por la Ley de Sociedades de Capital puntualiza que cuando la sociedad sea insolvente es obligación de los administradores convocar la Junta general, para que sea «ésta» la que inste el concurso, entiendo por tanto, que se requiere acuerdo de la Junta general para instar el concurso. Si bien, según lo previsto en la Ley Concursal, cuando el deudor sea una persona jurídica, el órgano de administración será competente a tal efecto (artículo 3.1) y a mayor abundamiento, tiene la obligación de presentar el concurso en el plazo de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiere conocido o debido conocer su estado de insolvencia (artículo 5). Es claro que se da una colisión entre las competencias atribuidas a ambos órganos sociales (si bien, pienso que la Junta general, lo que hará, en todo caso, es adoptar el correspondiente acuerdo sobre la solicitud del concurso, puesto que la solicitud debe de ser considerada como un deber del órgano de administración). En relación con esta problemática SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 477-478, dice que: “...la modificación por la Ley Concursal de las normas del Derecho de sociedades ha producido una alteración seguramente innecesaria y confusa sobre el órgano competente para decidir sobre la solicitud del concurso. La Ley Concursal prevé que en el caso de una sociedad será competente «para decidir sobre la solicitud» de declaración de concurso su órgano de administración o de liquidación (artículo 3.1 de la Ley Concursal). Esta norma parece otorgar de forma manifiesta la competencia sobre la decisión de solicitar el concurso a los administradores de la sociedad... Pero tal interpretación se ve enturbiada por la redacción de los artículos 260 y 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y 104 y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en los que se hace intervenir a la Junta general a los efectos de deliberar y acordar si procede o no la solicitud de concurso... lo que justamente hace dudar si las modificaciones introducidas en estos preceptos de las Leyes de sociedades han incidido o no en lo previsto en los artículos 3.2 y 5.1 de la Ley Concursal, cuando el primero de ellos establece la competencia del órgano de administración (o en su caso de liquidación) para decidir sobre la solicitud de declaración de concurso, y el artículo 5.1 declara que se debe solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que el deudor «hubiera conocido o hubiera debido conocer su estado de insolvencia». Intervención de la Junta general de la sociedad que, por otro lado, no se coordina bien con la finalidad de la Ley Concursal manifestada en su Exposición de Motivos, de combinar las garantías del deudor «con la conveniencia de adelantar el tiempo de la declaración de concurso a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones adecuadas para satisfacer a los acreedores» ».

Según señala MAIRATA LAVIÑA, J., “Responsabilidad de los administradores y situaciones concursales”, ya cit., pág. 1390: “se introduce así por la Ley 19/1989 un mecanismo sancionador riguroso con el fin de lograr de forma efectiva que las sociedades incursas en causa de disolución se disuelvan efectivamente. Para ello se conmina a los administradores que incumplan estos taxativos preceptos con la sanción –verdadera «pena civil»– de una responsabilidad personal y solidaria por las deudas sociales: y así, no es preciso acreditar ni la concurrencia de una culpa concreta, ni la existencia de un nexo causal entre el

convocar nace de la concurrencia de una de las causas disolutorias por ella previstas¹⁸¹⁸, de todas ellas merece una especial atención, dada su importancia, la relativa al supuesto de pérdidas patrimoniales cualificadas, que son aquellas que dejan el patrimonio reducido a una cantidad inferior a la mitad del capital social¹⁸¹⁹, salvo que éste se aumente o reduzca en la

incumplimiento de la norma y el impago de la deuda reclamada, estableciéndose a favor de ambos requisitos una presunción que admite prueba en contrario”.

¹⁸¹⁸ La Ley de Sociedades de Capital determina, en el artículo 364 (antiguo artículo 262.1 del TRLSA) que en los casos previstos en el artículo 363 (antiguo artículo 260 del TRLSA) –artículo que contiene un listado de causas de disolución–, la disolución de la sociedad requerirá acuerdo de la Junta general. Por otro lado debemos recordar que en lo referente a la disolución, liquidación, insolvencia, el artículo 63 del RESE contiene una remisión expresa a las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas del domicilio de la SE, incluidas las disposiciones relativas a la adopción de decisiones por la Junta general. Por tanto, para las SE que decidan establecerse en España la obligación de convocar la Junta general surgirá como consecuencia de alguna de las causas previstas en los apartados a), b), c), d), e), f), g) y h) del artículo 363.1 de la Ley de Sociedades de Capital, es decir, cese de las actividades que constituyan el objeto social (se entenderá producido el cese tras un periodo de inactividad superior a un año), conclusión de la empresa, imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, paralización de los órganos sociales, pérdidas cualificadas, reducción del capital por debajo del mínimo legal, por superar las acciones sin voto el límite establecido (la mitad del capital desembolsado), si no se restablece la proporción en el plazo de dos años (antiguo artículo 91.2 del TRLSA) y cualesquiera causas estatutarias. Para un estudio detallado de las causas de disolución, puede consultarse RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, ya cit., págs. 208-261. Además, en relación con las causas de disolución de la SE hay que tener en cuenta las previstas en los artículos 30, párrafo segundo del RESE en relación con los artículos 25 y 26 del citado texto legal, puesto que la ausencia de control de la legalidad de las fusiones podrá constituir una causa de disolución de la SE; 64.2 del RESE y artículos 459 y 460 de la Ley de sociedades de Capital (antiguo artículo 313 del TRLSA), ya que cuando una SE domiciliada en España deje de tener su administración central en España, deberá de regularizar su situación en el plazo de un año, bien volviendo a implantar su administración central en España, o bien trasladándose al Estado miembro donde tenga su administración central, y si no lo hiciere deberá de disolverse. En relación con esta especial causa de disolución introducida por los artículos 459 y 460 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 313 del TRLSA), véase VERDÚ CAÑETE, M. J., “Discordancia entre el domicilio y la administración central de la Sociedad Anónima Europea”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 435-436, esta autora se cuestiona el funcionamiento de esta causa disolutoria y se pregunta si podría o no considerarse como una causa de disolución automática (al igual que sucede en el supuesto del cumplimiento del término fijado en los estatutos sociales) o si por el contrario, se requiere acuerdo de la Junta general, decantándose, finalmente, por considerar que será necesario contar con el acuerdo de la Junta para constatar la verdadera existencia de la causa de disolución, máxime teniendo en cuenta las dificultades que puede presentar la concreción de la administración central, pudiendo discutirse, según las circunstancias del caso, si ésta se entiende localizada efectivamente en España o no, por todo ello, considera que la Junta general deberá de ser constituida, tanto para constatar la existencia de la causa de disolución, como para decidir si acuerda la disolución, o por el contrario, enerva la causa, acordando el traslado, bien del domicilio, bien de la administración central. A mayor abundamiento, en opinión de FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y “nacionalidad” de la SE. Traslado internacional de domicilio de la SE. Publicidad registral de la SE”, ya cit., pág. 153: “mientras estas SE no se liquiden, en caso de discordancia entre sede estatutaria y registral (domicilio en España) y sede real (sede de dirección fuera de España), es posible defender la existencia en nuestro derecho de una regla de inoponibilidad de la inexactitud registral imputable a la sociedad. Esto es: de imposibilidad de hacer valer frente a tercero una «nacionalidad extranjera contra-tabulas» (situación extra registral). Entiéndase lo que esto quiere decir: en rigor el tercero no puede «elegir» la nacionalidad de la sociedad con quien contrata, la opción del tercero se restringe a la elección del derecho material, patrio o extranjero, que pueda interesarle más en relación a la pretensión concreta que le interesa ejercitar, especialmente, en lo referente a la responsabilidad de los administradores”.

¹⁸¹⁹ Véase BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, ya cit., pág. 238, donde recoge: “la configuración de la pérdida de la mitad del capital como causa de disolución es, sobre todo, una medida de protección de la integridad del capital social, cuya finalidad es evitar una desproporción elevada entre capital y patrimonio que pueda reducir de manera significativa la garantía de los acreedores sociales. Se trata, pues de compeler a la sociedad a adoptar alguna medida para evitar que se llegue a una situación de insolvencia y se cause daño a los acreedores”; de forma similar se expresa en BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 107, cuando dice: “ciertamente la pérdida de la mitad del capital social es síntoma de la mala marcha de la sociedad, pero no necesariamente de la imposibilidad de continuar. Lo que se pretende, pues, con la inclusión de esta causa de

medida necesaria para restablecer el equilibrio o que resulte procedente solicitar la declaración de concurso¹⁸²⁰.

La causa disolutoria opera con independencia de que existan o no posibilidades de recuperación¹⁸²¹, salvo que, antes de que transcurra el plazo legalmente fijado para la convocatoria de la Junta general, se haya recuperado el equilibrio patrimonial, en cuyo caso, ya no habría obligación de convocarla por haber decaído la causa de disolución. Si la Junta no llega a celebrarse o no adopta el acuerdo de disolución y en el plazo de los dos meses siguientes se recupera el equilibrio patrimonial, los administradores no estarán obligados a solicitar la disolución judicial, por los mismos motivos¹⁸²².

En cuanto a la determinación del *dies a quo* para el cumplimiento del deber de convocatoria de la Junta general, debe de fijarse en el momento en que los administradores tuviesen conocimiento de las pérdidas o debieran de haberlas conocido si hubieran empleado la diligencia debida, a tal conocimiento puede llegarse por cualquier balance o estado de cuentas anterior a la formulación de las cuentas anuales¹⁸²³. A mayor

disolución es evitar una desproporción elevada entre capital y patrimonio, que reduciría la garantía de los acreedores sociales”.

¹⁸²⁰ El propio artículo 363.1.e) (antiguo artículo 260.1.4º del TRLSA) menciona una serie de medidas jurídicas que pueden ser adoptadas en orden a enervar la causa disolutoria, como son el aumento y la reducción de capital, aunque, puede adoptarse otro tipo de medidas, como son la reducción y el aumento simultaneo, la restitución de aportaciones, u otro tipo de medidas de carácter indirecto, como podría ser la transformación en otro tipo social regulado por una normativa en la que las pérdidas cualificadas dejaran de constituir causa legítima para la disolución. Cabe por tanto, que los administradores convoquen la Junta general para adoptar un acuerdo de este tipo, que conlleva la desaparición de la causa disolutoria, y no para adoptar el acuerdo de disolución, haciendo constar en el orden día las diversas alternativas para la remoción de la causa de acuerdo con lo establecido en el artículo 365.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Ahora bien, el acuerdo de una medida alternativa a la disolución requerirá, además, su ejecución a efectos de que la causa disolutoria sea enervada. Obsérvese, por otro lado, que si resultara procedente la solicitud de la declaración de concurso la causa disolutoria no opera, puesto que la insolvencia de la sociedad, cuando se producen los hechos que conforman el presupuesto objetivo del concurso, dará lugar al procedimiento concursal y por tanto, esa insolvencia, en sí misma, no constituirá causa de disolución, salvo en los casos en que en el proceso concursal se inicie la fase de liquidación.

¹⁸²¹ En este sentido la STS de 30 de octubre de 2000 (RJ 323324 de Iustel), donde se recoge: “el planteamiento relativo a que el diferimiento de la convocatoria puede estar justificado por la búsqueda de elementos patrimoniales necesarios para hacer la oportuna aportación a la sociedad y superar, de esta manera, el desfase patrimonial de la misma, además de carecer de una sólida base probatoria, no afecta a la aplicación del precepto, porque el contenido de la obligación legal es la de convocar la Junta en el plazo establecido cuando se da la situación prevista”.

¹⁸²² Véase BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, ya cit., pág. 239, donde señala que “los administradores tienen cierto margen de maniobra para eludir la sanción incluso cuando las posibilidades de recuperación no puedan materializarse dentro del plazo de cumplimiento del deber de convocatoria de la Junta, es suficiente con que los socios, apreciando la proximidad de esa recuperación, voten en contra de la disolución. Se abre así otro plazo de dos meses para el cumplimiento por los administradores del deber subsidiario de instar la declaración judicial de disolución. Los administradores pueden esperar hasta los días finales de ese segundo plazo para comprobar si dicha recuperación ha tenido lugar efectivamente o no. En cambio, no pueden, obviamente, esperar a que dicha recuperación se produzca tras el incumplimiento de sus deberes legales”. En este mismo sentido ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pág. 1458, donde recoge: “y es, en fin, indiferente que existan o no posibilidades objetivas de recuperación. Si esas posibilidades existen, tienen que materializarse antes de que trascurra el plazo para el cumplimiento del deber de convocatoria y, en caso de fracaso de la Junta convocada, antes de que trascurra el plazo para el cumplimiento del deber de solicitud de disolución judicial de la sociedad”.

¹⁸²³ En este sentido la STS de 30 de octubre de 2000 (RJ 323324 de Iustel), señala: “...no se puede reconducir de modo absoluto al momento en que se conoce el resultado de las cuentas anuales, sino que se ha de contemplar en relación con el conocimiento adquirido, o podido adquirir (con la normal diligencia exigible a un administrador social, art. 127.1 LSA), acerca de que se da una situación en la que el patrimonio social es inferior a la mitad del capital social”; la STS de 20 de febrero de 2007 (RJ 266939 de Iustel), recoge: “...para

abundamiento, pienso, en relación con las SE que opten por el sistema dual, que hay que tener en cuenta la obligación que se impone a los miembros del órgano de dirección de informar cada tres meses al órgano de control de la marcha de los asuntos de la sociedad y de su previsible evolución (una disposición similar se contiene en el artículo 44 del RESE en relación con el sistema monista, fijando que el órgano de administración se reunirá, como la misma periodicidad –tres meses– y con el mismo objeto). Por tanto, considero que como consecuencia de esa información trimestral puede ponerse de manifiesto esta causa de disolución, en cuyo caso, el cómputo del plazo de los dos meses empezará a correr desde ese momento.

Si no se restablece el equilibrio patrimonial o no se dan las circunstancias necesarias para solicitar la declaración judicial de concurso¹⁸²⁴, los administradores deberán convocar la Junta general, en el plazo de dos meses, para que adopte el correspondiente acuerdo de

efectuar el cómputo del plazo de dos meses no se puede reconducir de modo absoluto al momento en que se conoce el resultado de las cuentas anuales, sino que se ha de contemplar en relación con el conocimiento adquirido, o podido adquirir, con la normal diligencia exigible a un administrador social, de que concurre una situación en la que el patrimonio social es inferior a la mitad del capital social. Esta perspectiva del deber de conocimiento por parte de los administradores constituye el criterio por el que debe medirse su responsabilidad...”. Tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente se viene manteniendo la idea de que en el supuesto de que se produzcan pérdidas cualificadas, en cualquier momento del ejercicio social, existe causa de disolución y, en consecuencia, desde el momento en que los administradores conocieran o hubieran debido conocer la existencia de esas pérdidas, se inicia el cómputo del plazo de los dos meses para que procedan a la convocatoria de la Junta general de accionistas, con el fin de que acuerde la disolución de la sociedad. En este sentido se pronuncian URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y liquidación de la sociedad anónima (artículos 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, URÍA, R., MENÉNDEZ, A y OLIVENCIA, M. (directores), tomo XI, Civitas, Madrid, 1992, pág. 67, donde dicen: “hemos de entender que ese plazo de dos meses se computará a partir del día en que los administradores tengan conocimiento o constaten la existencia de la causa de disolución”; ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y frente a los terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, ya cit., pág. 1707, donde señala “lo determinante es la concurrencia de la situación de desequilibrio, siempre que la hayan conocido o debido conocer utilizando la diligencia de un ordenado empresario. La finalidad de la disposición conduce a esta interpretación del momento en que se debió actuar (sin necesidad de esperar al balance de ejercicio)”; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución de la sociedad anónima*, ya cit., pág.108, donde argumenta que “...la propia finalidad de la norma –la tutela de los acreedores sociales– no se cumpliría en muchas ocasiones si hubiera que esperar a la aprobación de las cuentas anuales por la Junta, porque la situación podría haberse deteriorado por completo. Además, si el sistema legal entrase en juego únicamente con dicho acuerdo social, carecería completamente de sentido imponer a los administradores la obligación de convocar una nueva Junta en el plazo de dos meses para que adoptase el acuerdo correspondiente. Parece, pues, más lógico pensar que la ley no ha utilizado el concepto de pérdidas en el sentido de determinación del resultado del ejercicio, sino con un significado puramente económico. Sin embargo, en opinión de ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., existen importantes argumentos para defender una interpretación diferente, en base a los que procede sostener que el *dies a quo* es el momento en el que se formulan las cuentas anuales por los administradores y en caso de falta de formulación, el último día del plazo legal establecido a tal fin, véase ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, ya cit., págs. 1462-1468. En igual sentido se pronuncia SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 423, donde recoge: “la mayoría de nuestra doctrina estima que la pérdida a la que se refieren estos preceptos es en cualquier momento de la vida de la sociedad. Por el contrario parte de la doctrina, a la que nos unimos, considera que la pérdida, como el beneficio, es el resultado del ejercicio y que, conforme al Derecho de sociedades y al Derecho de balances, corresponde a las cuentas anuales la determinación de ese resultado, debiendo tenerse en cuenta que sólo mediante tal determinación puede conocerse de forma precisa la reducción del valor neto del patrimonio social”.

¹⁸²⁴ En efecto, cuando a tenor de lo dispuesto en el artículo 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 260.1.4º. del TRLSA) se dé una situación de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, si este no se aumenta o reduce en la medida suficiente y tampoco es procedente solicitar el concurso, los administradores deberán de convocar la Junta general para que adopte el acuerdo de disolución.

disolución¹⁸²⁵ (o si la sociedad fuera insolvente para que la Junta general inste el concurso), el incumplimiento de esta obligación hará que sean responsables solidarios de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución¹⁸²⁶. Asimismo, responderán solidariamente, de las indicadas obligaciones, los administradores que no soliciten la disolución judicial¹⁸²⁷ (o en su caso, el concurso de la sociedad) en el plazo de

¹⁸²⁵ El antiguo artículo 262.2, párrafo segundo del TRLSA permitía a los administradores, en el caso de pérdidas cualificadas, solicitar la declaración de concurso en los supuestos en que la sociedad resultara insolvente a tenor de lo dispuesto en la Ley Concursal. En consecuencia, si se daba tal circunstancia, los administradores cumplían con solicitar el concurso sin que, a tal efecto, fuera necesario que convocaran la Junta general. Sin embargo, el artículo 365.1 de la nueva Ley de Sociedades de Capital preceptúa que: “los administradores deberán de convocar la Junta general...para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, «ésta» inste el concurso”.

Considero, no obstante, que a tenor de lo previsto en los artículos 2.2, 3.1 y 5.1 de la Ley Concursal los administradores serán competentes para decidir sobre la solicitud del concurso e incluso vendrán obligados a solicitarlo dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubieren conocido o debido conocer su estado de insolvencia, máxime en los supuestos recogidos en el apartado 4 del artículo 2 (insolvencia actual). Por consiguiente, cuando se dan tales circunstancias los administradores no sólo están legitimados para solicitar la declaración del concurso, sino que también están obligados (artículo 5.1 de la Ley Concursal). Sin embargo, a tenor de lo previsto en el actual artículo 365.1 de la nueva Ley de Sociedades de Capital, cuando la sociedad se encuentre con pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social y, como consecuencia de tales pérdidas, fuera procedente solicitar el concurso, los administradores deberán de convocar la Junta general para que “ésta” inste el concurso; no obstante, pienso que si los administradores, cuando se dé una situación de insolvencia actual, actúan siguiendo lo establecido en la Ley Concursal, resultará, cuanto menos, dudoso exigir la responsabilidad derivada del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, en primer lugar porque están actuando conforme a lo preceptuado en la Ley Concursal y están dando cumplimiento al deber legal, que les impone dicha ley, de solicitar el concurso, lo que en definitiva resulta acorde con el espíritu de la norma (artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 262.5 del TRLSA–, puede considerarse que la función de esta norma es evitar las extinciones de hecho, bien mediante la oportuna liquidación de la sociedad o, en su caso, mediante la adopción de medidas alternativas encaminadas al saneamiento financiero de la misma, función que puede satisfacerse con un proceso concursal, puesto que a través del convenio también se puede posibilitar el saneamiento financiero) y, en segundo lugar porque considero que a pesar de que tanto la Ley Concursal como la Ley de Sociedades de Capital son normas con el mismo rango legal, lo cierto es que la habilitación concedida al Gobierno lo era para refundir, y en su caso, regularizar, aclarar y armonizar (disposición final séptima de la Ley 3/2009, de 3 de abril), pero no para variar el contenido normativo.

¹⁸²⁶ Según lo dispuesto en el artículo 367.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.5, último párrafo del TRLSA). Este apartado fue redactado conforme a lo dispuesto en el apartado 8 de la disposición final primera de la Ley 19/2005, en cumplimiento del mandato legislativo contenido en la disposición adicional tercera de la Ley 22/2003, de 9 de julio (Ley Concursal), publicada en el BOE de 10 de julio de 2003, a fin de adecuar a la misma las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada (en relación con la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la modificación del artículo 105.5, se llevo a cabo por la disposición final segunda de la Ley 19/2005).

¹⁸²⁷ Conforme a lo dispuesto en el artículo 366.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.3 del TRLSA) cualquier interesado podrá instar la disolución judicial, por lo tanto, parte de la doctrina entiende que en este supuesto no se desencadenaría la responsabilidad de los administradores. En este sentido ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y frente a los terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, ya cit., pág. 1709, donde puntualiza: “...a falta de acuerdo en caso de órgano colegiado, entendemos que la solicitud de la disolución judicial incumbe individualmente a cada consejero...Si en plazo legal se ejerce por cualquier interesado la acción de disolución judicial (artículo 262.4 de la Ley de Sociedades Anónimas –actual artículo 366.1 de la Ley de Sociedades de Capital–), entendemos que no se desencadena la responsabilidad del 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital) para los administradores que no hayan incurrido en infracción del deber de convocar”. Sin embargo, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, ya cit., págs. 315-316, entienden que tal afirmación sólo es cierta en parte, puesto que si se produjera un desestimiento lo normal es que ya hubiera transcurrido el plazo de los dos meses que da lugar al desencadenamiento de la responsabilidad, salvo que se admita la posibilidad de una reapertura de dicho plazo bimensual a partir del desestimiento de quien hubiese instado tal disolución judicial, posibilidad que defienden “en aras de no mantener una interpretación excesivamente estricta de un precepto que de por sí es riguroso, así como para evitar actuaciones inútiles del administrador, solicitando una disolución judicial al tiempo que la misma ya estuviese solicitada por un interesado”.

dos meses, a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución¹⁸²⁸ (o al concurso).

b. RESPONSABILIDAD POR NO SOLICITAR EL CONCURSO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

En el supuesto de que las pérdidas cualificadas generen la insolvencia de la SE, se deberá de proceder por vía concursal¹⁸²⁹ según se desprende de la Ley de Sociedades de Capital al indicar “siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso”¹⁸³⁰.

¹⁸²⁸ Para el nacimiento del deber de solicitar la disolución judicial será necesario, no sólo que subsistan las pérdidas cualificadas, sino que, además, la Junta general convocada no se haya constituido o no haya acordado la disolución. Si se ha adoptado el acuerdo, aunque posteriormente sea impugnado, los administradores no estarán obligados a solicitar la disolución judicial. Ahora bien, si la impugnación se funda en la inexistencia de causa legal de disolución y prospera la demanda impugnatoria los administradores no solo no pueden instar la disolución judicial, sino que ni tan siquiera deben hacerlo; cuestión distinta es que la demanda estuviera basada en defectos formales de la Junta o en infracción de derechos de los socios, en cuyo caso si la demanda impugnatoria es estimada, el acuerdo adoptado por la Junta perderá su eficacia y por lo tanto, los administradores deberán de solicitar la disolución judicial, si bien, hay que tener en cuenta que se produce un cumplimiento tardío. Véase, en relación con esta materia, ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, ya cit., págs. 1469-1470.

En cuanto al cumplimiento tardío surgen dos cuestiones, la primera es si transcurrido el plazo de los dos meses, continua existiendo el deber de convocatoria, y la segunda, los efectos que pueden derivarse del cumplimiento tardío. En cuanto a la primera cuestión planteada lo cierto es que si los administradores no hubieran efectuado la convocatoria dentro del plazo, cualquier interesado podrá solicitar la disolución judicial de la sociedad (artículo 366.1. de la Ley de Sociedades de Capital; antiguo artículo 262.3. del TRLSA), pero en todo caso, los administradores continúan teniendo el deber de convocar y no pueden solicitar directamente la disolución judicial sin haber intentado que la Junta general acuerde la disolución. Véase ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, ya cit., págs. 1476-1478. Respecto a la segunda cuestión, la opinión generalizada es que el cumplimiento fuera de plazo sólo produce efectos respecto de las deudas sociales contraídas con posterioridad, pero no tendrá efectos respecto a las deudas anteriores al momento en que tiene lugar el cumplimiento tardío. En este sentido, véase ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: la acción individual por no promoción o remoción de la disolución”, ya cit., pág. 1709, señala: “el cumplimiento tardío de los deberes impuestos no libera de la consecuencia de la responsabilidad contraída ex 265.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital). Debe entenderse que libera respecto de eventuales obligaciones surgidas tras el cumplimiento de sus deberes, pero no de las anteriores al momento del cumplimiento”. Sin embargo, ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, ya cit., pág. 1477, mantiene una posición diferente, por supuesto considera que el cumplimiento tardío tiene eficacia respecto a las deudas contraídas con posterioridad, pero a su juicio, la responsabilidad sólo será exigible en el supuesto de que los administradores continúen en situación de incumplimiento cuando se produzca una reclamación judicial, por tanto, si convocan la Junta o instan la disolución (cuando la Junta no se haya podido constituir o fuera contraria al acuerdo de disolución) a pesar de que haya transcurrido el plazo legal de dos meses, se extingue su responsabilidad por las deudas anteriores frente a los acreedores que no hubieran ejercitado la acción de responsabilidad.

¹⁸²⁹ Véase VALENZUELA GARACH, J., *La responsabilidad de los administradores en la disolución y concurso de las sociedades capitalistas*, ya cit., págs. 86-87, donde puntualiza: “... no debe hablarse...de un posible cumplimiento alternativo de los deberes legales, que permita a los administradores liberarse de responsabilidad eligiendo una de las dos vías: la societaria (promover la disolución) o la concursal (solicitar la declaración de concurso de la sociedad); sin margen a la duda, los administradores quedan obligados a «optar» por la segunda de ellas”; PULGAR EZQUERRA, J., “Comentarios al artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso”, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal)*, PULGAR EZQUERRA J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER GARAU, G., (directores), tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 222, señala: “...cuando tras las pérdidas cualificadas concurra un estado de insolvencia, con independencia de su causa, no estaríamos ante una estricta posibilidad de cumplimiento alternativo o discrecional para el administrador de sus deberes, pues

Según la regulación contenida en la antigua Ley de Sociedades Anónimas, la causa de disolución por pérdidas cualificadas concurriría siempre que no fuera procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal. Si bien, había que distinguir entre insolvencia actual e insolvencia inminente. Cuando la sociedad se encontraba ante una situación de insolvencia que no le permitía hacer frente a las obligaciones regularmente exigibles, es decir, que estaba en una situación tal que no le permitía cumplir con las obligaciones corrientes, en definitiva, en una situación de insolvencia actual¹⁸³¹, los administradores venían obligados a solicitar la declaración

solo cumpliría éstos si solicita el concurso y solo esta solicitud le permitirá enervar su responsabilidad personal derivada del artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (actual artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital)”; STS de 6 de abril de 2006 (RJ 249045 de Iustel), donde se recoge: “...después de la vigencia de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, cabe que los administradores promuevan la declaración de concurso, para dar cumplimiento al deber legal de promover la disolución de la sociedad por pérdidas (artículo 260.1.4º de la Ley de Sociedades Anónimas, texto posterior a la Ley Concursal) ... Es más, en los supuestos de insolvencia los administradores deben solicitar el concurso (artículos 3.III, 3.3 y 5.1 de la Ley Concursal)...”.

¹⁸³⁰ A tenor de lo dispuesto en el artículo 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 260.1.4º. del TRLSA). Concretamente el apartado 1.e) recoge la causa de disolución por pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, si bien, deja una opción, para evitar la disolución, cual es el aumento, reducción, reintegro, o bien efectuar una operación acordeón, siempre con el fin de que el patrimonio supere la mitad de la cifra del capital social, pero además, contiene dicho apartado 1. e), un último inciso para indicar que la sociedad deberá de disolverse “siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso”. Tal y como señala RONCERO SÁNCHEZ, A., “Comentarios al artículo 3. Legitimación”, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal)*, PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER GARAU, G., (directores), tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 180, “...se ha concretado que la reducción del patrimonio como consecuencia de pérdidas por debajo de la mitad del capital social constituye causa de disolución, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente «y siempre que no se procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal»”, más adelante añade “...en el supuesto de que junto a las pérdidas señaladas concorra una situación de insolvencia ex artículo 2 de la Ley Concursal, habrá de procederse a presentar la solicitud de la declaración de concurso sin que, en este caso, la situación patrimonial de la sociedad se considere causa de disolución o, si se considera como tal, debiendo entenderse que el deber de instar la declaración de concurso es prevalente respecto de la adopción del acuerdo de disolución o del deber de instar la disolución judicial; de este modo parece que, si concurre situación de insolvencia los administradores estarían obligados a solicitar la declaración de concurso y no, en cambio, a convocar la Junta general para que ésta adopte el acuerdo de disolución o medidas alternativas”. En este mismo sentido PULGAR EZQUERRA, J., “Comentarios al artículo 2. Presupuesto objetivo”, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal)*, PULGAR EZQUERRA J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER GARAU, G., (directores), tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 107, donde recoge: “a todo ello debe añadirse...el supuesto en que, tras las pérdidas cualificadas concorra una situación de insolvencia, en cuyo caso si la sociedad no toma medidas alternativas de aumento o reducción de capital, lo procedente no es convocar la Junta para que acuerde la disolución ni, en otro caso, solicitar la disolución judicial, sino instar el concurso...”.

¹⁸³¹ Según lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley Concursal “se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”. Tal y como señala PULGAR EZQUERRA, J., “Comentarios al artículo 2. Presupuesto objetivo”, ya cit., pág. 111, “la introducción de los elementos de exigibilidad y regularidad proviene de la aceptación por la Comisión del Congreso de una de las enmiendas presentadas por los Grupos Parlamentarios (enmienda número 232) en la que, como se recordará, también se introdujo la referencia a la puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones que, finalmente, no paso al texto definitivo de la ley, en lo que a la insolvencia actual se refiere... La exigibilidad, que va más allá del mero vencimiento de las obligaciones, conectado al acaecimiento del término o condición, es aquella cualidad por virtud de la cual la obligación es reclamable por vía judicial y puede dar lugar a una acción...”, más adelante, en la pág. 113, en relación con la regularidad, añade “...aún cuando la regularidad constituirá una cuestión de hecho a determinar por los Tribunales caso por caso, con el fin de precisar de algún modo los amplios términos con los que se alude a la regularidad en la Ley Concursal, podría reconducirse a los medios empleados para la satisfacción de las obligaciones, pero no con referencia a abstractas condiciones de mercado, sino al ejercicio ordinario de la empresa de que se trate en conexión con el respeto al principio «*par condicio creditorum*» que, aun cuando no rige extraconcurso, puede ser tomado en consideración en orden a la declaración del concurso de acreedores presidido por dicho principio, pudiendo entenderse que iría contra deontología comercial la satisfacción de acreedores por medios contrarios a la «*par condicio creditorum*»”.

judicial de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubieran conocido o debido conocer tal situación¹⁸³², no existiendo, en tal caso, obligación de convocar la Junta general¹⁸³³.

Por el contrario, si la sociedad se encontraba en una situación de insolvencia inminente, ya que preveía que no podría cumplir regular y puntualmente sus obligaciones¹⁸³⁴, se permitía a los administradores optar por promover la disolución de la sociedad o solicitar la declaración de concurso¹⁸³⁵.

¹⁸³² Lo cierto es que a tenor de lo previsto en los artículos 3.1 y 5.1 de la Ley Concursal en relación con el artículo 260.1.4º del TRLSA que remitía, en cuanto a la procedencia de solicitar la declaración de concurso, a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (el actual artículo 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital ha omitido esta última referencia a la Ley Concursal), en los supuestos de insolvencia actual los administradores venían obligados a solicitar la declaración de concurso en el plazo de los dos meses siguientes a la fecha en que hubieran conocido o debido conocer el estado de insolvencia de la sociedad, de hecho la propia Ley Concursal establece una presunción *iuris tantum* de que el deudor conoció y, en consecuencia, debió solicitar la declaración de concurso cuando hubiese acaecido alguno de los hechos recogidos en el punto 4 de su artículo 2. En cualquier forma, tal y como señala PULGAR EZQUERRA, J., “Comentarios al artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso”, ya cit., pág. 218, “...hay que resaltar que el deber del deudor de solicitar su propio concurso no encuentra su fundamento legal en la mera concurrencia de alguno de los hechos contemplados en el artículo 2.4 como acontece en supuestos de concurso solicitado por los acreedores, sino en la existencia de un estado de insolvencia actual que podrá manifestarse al exterior a través de alguno de los hechos legalmente recogidos o de otros, pues la enumeración contenida en el artículo 2.4 reviste carácter de «*numerus apertus*» en supuestos de concurso solicitado por el deudor, frente al carácter de «*numerus clausus*» que tiene dicha enumeración en supuestos de concurso solicitado por un acreedor”.

¹⁸³³ Véase VALENZUELA GARACH, J., “La responsabilidad societaria del órgano de administración en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España: pérdidas patrimoniales, disolución y concurso (art. 262.5 LSA)”, *Noticias de la Unión Europea*, número 270, julio 2007, pág. 82, donde recoge: “en realidad, estas pérdidas patrimoniales cualificadas representan una causa de disolución subsidiaria de la declaración judicial de concurso; en caso de que concurren las circunstancias necesarias para la solicitud del mismo... los administradores habrán de proceder –en primera instancia– por vía concursal... Sólo en el supuesto de no existir una situación de insolvencia que justifique la solicitud del concurso, pese a quedar el patrimonio por debajo de la mitad del capital social, deberán instar los administradores sociales la convocatoria de la Junta general que haya de acordar la disolución o, en su defecto, habrán de solicitar la disolución judicial”.

¹⁸³⁴ A tenor de lo previsto en el artículo 2.3 de la Ley Concursal “se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”. En estos supuestos será el órgano de administración el que, en función del vencimiento de las obligaciones contraídas, emita el correspondiente juicio sobre la viabilidad de poder atender el pago de las mismas.

El concepto de insolvencia inminente, tal y como señala PULGAR EZQUERRA, J., “Comentarios al artículo 2. Presupuesto objetivo”, ya cit., pág. 159, “...se construye en torno a la puntualidad en el pago, pues a la regularidad como elemento integrante del concepto de insolvencia actual se añade, en relación de acumulación, la puntualidad. La insolvencia inminente se presenta no como una situación actual sino de futuro, dado que el deudor todavía no ha incumplido puntualmente sus obligaciones exigibles, pero es previsible que ello acontezca en un plazo más o menos próximo, que no se delimita legalmente. La posibilidad de anticipar en el tiempo la solicitud de concurso, se limita a supuestos de concurso voluntario, excluyéndose cuando el concurso es solicitado por los acreedores (concurso necesario, artículo 22 de la Ley Concursal) sobre la base de que nadie conoce mejor la situación económica de un deudor que él mismo y, por tanto, es él –en un ejercicio de autoexamen– y no sus acreedores quien puede detectar esa inminencia de insolvencia y solicitar su propio concurso para evitar un ulterior deterioro de la situación económica, lo que no constituye, sin embargo, una obligación como en supuestos de insolvencia actual sino una mera facultad”. De hecho, en el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley se establece que “el deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiere debido conocer su estado de insolvencia, pero tiene la facultad de anticiparse a éste”. A juicio de ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, monografía asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, número 6/2007, La Ley, Madrid, 2007, pág. 26, “...desde el punto de vista concursal destaca el carácter preventivo que tiene la insolvencia inminente (artículo 2.3 Ley Concursal) configurada en la nueva Ley Concursal como presupuesto objetivo del concurso de acreedores, que permite al deudor anticipar la apertura del concurso a un momento anterior al de la crisis empresarial *strictu sensu* de forma que puedan adoptarse a tiempo remedios a la situación de pre-crisis a fin de que no se convierta en

También debían de convocar la Junta general, para que se pronunciase sobre la procedencia del concurso (o en su caso, la disolución) cuando así lo solicitara cualquiera de los accionistas¹⁸³⁶.

La distinción entre insolvencia actual e inminente permitía conciliar las aparentes divergencias existentes entre los preceptos societarios y concursales, ya que por un lado, nos encontrábamos con la salvedad contenida en nuestra antigua Ley de Sociedades Anónimas en cuanto a la procedencia de solicitar el concurso cuando la sociedad se encontraba inmersa en una situación de insolvencia actual¹⁸³⁷, igualmente, se permitía a los administradores solicitar la declaración de concurso cuando la insolvencia de la sociedad quedaba determinada en función de lo previsto en la Ley Concursal¹⁸³⁸, por otro lado,

irreversible. De esta forma, se anticipa el tratamiento jurídico de las crisis empresariales, permitiendo que entren en situación concursal las empresas que sin estar en crisis empresarial propiamente dicha, presenten señales relevantes de dificultad financiera que pueda comprometer la continuidad de la empresa, esto es, si existe amenaza de insolvencia (futura)”.

¹⁸³⁵ Véase VALENZUELA GARACH, J., *La responsabilidad de los administradores en la disolución y concurso de las sociedades capitalistas*, ya cit., pág. 87, donde señala: “no es igual la situación en caso de insolvencia inminente, en la que la constatación de las pérdidas patrimoniales cualificadas permitiría a los administradores optar por promover la disolución de la sociedad o solicitar la declaración de concurso de la misma...Por tanto, mientras en el caso de insolvencia actual, la exención de la responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales prevista por los artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sólo se conseguirá con la solicitud del concurso, en la inminente podrán optar aquéllos entre esta vía y la promoción de la disolución de la sociedad, para verse liberados de una posible reclamación por los acreedores sociales”. En similares términos se pronuncia PULGAR EZQUERRA, J., “Comentarios al artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso”, ya cit., pág. 222, donde se plantea la posibilidad de que, no siendo la sociedad en el momento actual insolvente, los administradores pudieran enervar su responsabilidad no sólo convocando la Junta para acordar la disolución o solicitando la disolución judicial, sino también solicitando el concurso, llegando a la conclusión de que “...podría admitirse este cumplimiento alternativo si el administrador puede probar y el Juez comprobar en fase de apertura que, en el caso concreto, tras las pérdidas cualificadas, aunque no haya insolvencia actual podría haber insolvencia inminente o futura y la Junta ha acordado la solicitud de concurso...”. En cualquier caso y sin perjuicio de lo establecido en vía societaria, conviene recordar que de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 3.1, párrafo segundo de la Ley Concursal “si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud de concurso el órgano de administración o de liquidación”.

¹⁸³⁶ En efecto, el artículo 262.2, párrafo tercero del TRLSA dice que “cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que se convoque la Junta si, a su juicio, existe causa legítima para la disolución, o para el concurso”. El punto 2 de este artículo 262 fue redactado por el apartado catorce del artículo segundo de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la UE (BOE número 160 de 5 de julio de 2007). La actual Ley de Sociedades de Capital, en el artículo 365.1, párrafo segundo, mantiene el derecho de los accionistas para solicitar a los administradores la convocatoria de la Junta “si, a su juicio, concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente”.

¹⁸³⁷ Lo cierto es que el artículo 260.1.4º del TRLSA al referirse a las causas de disolución de la sociedad anónima establecía “la sociedad anónima se disolverá: ...4º Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”. En consecuencia, al parecer, se exceptuaba como causa disolutoria el supuesto en que, a tenor de lo previsto en la Ley Concursal, era procedente solicitar el concurso (situación de insolvencia actual), en otras palabras, los efectos de esta causa de disolución quedaban enervados como consecuencia de la situación de insolvencia, ante la cual debía de presentarse la solicitud de declaración de concurso. En este sentido ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y frente a los terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, ya cit., pág. 1709, señala que “al margen de la responsabilidad de los administradores, la eventual apertura de procedimiento concursal enerva los efectos de causa de disolución por pérdidas”.

¹⁸³⁸ De hecho el artículo 262.2, párrafo segundo del TRLSA decía que “podrán solicitar la declaración de concurso por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o reduzca en la medida suficiente, siempre que la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley

declaraba la responsabilidad solidaria de los administradores por el incumplimiento de la obligación de convocar la Junta general para que adoptara el acuerdo de disolución, o en su caso, el concurso de la sociedad¹⁸³⁹ y además había que tener en cuenta que según lo dispuesto en la Ley Concursal era competente para solicitar el concurso, e incluso para decidir sobre tal solicitud, el órgano de administración¹⁸⁴⁰.

La nueva Ley de Sociedades de Capital dice que los administradores deberán convocar la Junta general en el plazo de dos meses para que adopte... “o si la sociedad fuera insolvente, «ésta» inste el concurso”¹⁸⁴¹ por lo tanto, a tenor de tal precisión, entiendo que los administradores deberán convocar la Junta general en todo caso y sin distinción entre insolvencia actual e inminente. A mayor abundamiento, debo indicar que en la actual Ley de Sociedades de Capital no se prevé la posibilidad de que los administradores puedan solicitar la declaración del concurso como consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, cuando la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad en los términos del artículo 2 de la Ley Concursal¹⁸⁴²; igualmente, la actual Ley de Sociedades de Capital al referirse a las causas de disolución y concretamente a la relativa a la disolución por pérdidas cualificadas, omite toda

22/2003, de 9 de julio, Concursal”; recordemos que el artículo 2 de la Ley Concursal viene a recoger los conceptos de insolvencia actual e inminente, aunque tal y como señala RONCERO SÁNCHEZ, A., “Comentarios al artículo 3. Legitimación”, ya cit., pág. 182 “...en los casos de insolvencia inminente el deudor no viene obligado a solicitar la declaración de concurso siendo la misma meramente facultativa”. Sin embargo, el actual artículo 365 de la Ley de Sociedades de Capital determina que los administradores deberán convocar la Junta general en el plazo de dos meses para que adopte... «o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso»”.

¹⁸³⁹ Efectivamente, el apartado 5 del artículo 262 del TRLSA hacía referencia a la responsabilidad de los administradores en el supuesto de que no solicitaran el concurso en el plazo de dos meses contados desde la fecha en que la Junta general hubiera adoptado un acuerdo contrario a la solicitud del concurso. Tal y como señalan RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, ya cit., pág. 580, este artículo “vino a dar específica solución a uno de los casos más sangrantes, el de las sociedades en pérdidas que desaparecían de hecho. Al tratarse de un precepto tan novedoso y rompedor con la inercia de un sistema jurídico en el que los socios y administradores de las sociedades de capital en crisis eran prácticamente intocables, es fácil comprender que hubo reticencias a su aplicación y que por ello se hayan ensayado todo tipo de teorías, más o menos ingeniosas, para desvirtuar su verdadero significado, lo que ha originado una importante controversia en la doctrina y en la práctica jurisprudencial”.

¹⁸⁴⁰ Según lo dispuesto en el artículo 3.1. “si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación”. Por tanto, esta norma establece de manera clara e incontestable la legitimación de los administradores para solicitar el concurso y a mayor abundamiento, si no lo hicieren, dentro de los plazos legalmente señalados al efecto, pueden devenir responsables del pago de las deudas sociales a tenor de lo previsto en el artículo 172.3. de la Ley Concursal – actual artículo 172 bis– (en relación con los artículos 5 y 165, 1º de dicha Ley). En este sentido RONCERO SÁNCHEZ, A., “Comentarios al artículo 3. Legitimación”, ya cit., págs. 175-176, señala que “...la Ley Concursal ha optado expresamente por conferir esta competencia al órgano de administración o liquidación al determinar que éste será el competente «para decidir sobre la solicitud», es decir, no sólo para proceder a su presentación (competencia que le corresponde en tanto representante de la persona jurídica) sino más específicamente para decidir sobre la misma. En este contexto debe igualmente subrayarse que la nueva Ley Concursal configura la solicitud de declaración de concurso como un deber del deudor (artículo 5) al menos en los casos de insolvencia actual (artículo 2 de la Ley Concursal), cuyo incumplimiento provoca la calificación del concurso como culpable (artículo 164 en relación con el artículo 165.1º de la Ley Concursal)”.

¹⁸⁴¹ A pesar de que, de la redacción dada al artículo 365 de la Ley de Sociedades de Capital, parece desprenderse la legitimación de la Junta general para “instar el concurso”, ésta, realmente, sólo podrá adoptar el acuerdo de solicitud de declaración del concurso, correspondiendo a los administradores el deber de solicitar el concurso, incluso si la Junta general no llega a celebrarse o no adopta el correspondiente acuerdo. Es decir, en todo caso, serán los administradores los facultados para la solicitud del concurso.

¹⁸⁴² Tal previsión estaba contenida en el párrafo segundo del antiguo artículo 262.2 del TRLSA, donde se recogía literalmente “asimismo podrán solicitar la declaración e concurso por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, siempre que la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”.

referencia a la Ley Concursal en relación con la solicitud, si fuera procedente, de la declaración de concurso¹⁸⁴³.

Todo ello me lleva a considerar que, a tenor de lo previsto en la actual Ley de Sociedades de Capital, en los supuestos en que nos encontremos en una situación de pérdidas cualificadas, los administradores deberán, en todo caso, convocar la Junta general en el plazo de dos meses, para que sea la Junta general la que adopte el acuerdo de disolución o inste la declaración de concurso (cuando el mismo fuera procedente)¹⁸⁴⁴. En

¹⁸⁴³ Véase el artículo 363.1.e) de la actual Ley de Sociedades de Capital y el artículo 260.1.4º del TRLSA. El actual artículo 363.1.e) sencillamente hace la referencia a que no procederá la solicitud de disolución, cuando lo procedente sea solicitar el concurso, mientras que el antiguo artículo 260.1.4º contenía una clara referencia a la Ley Concursal, puesto que decía que no era procedente solicitar la disolución cuando correspondiera solicitar el concurso de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹⁸⁴⁴ La redacción dada a este precepto es similar a la que, en virtud de lo previsto en la disposición final vigésima primera de la Ley Concursal, se dio al artículo 105.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que establecía que, en los supuestos de pérdidas cualificadas, la disolución o «la declaración de concurso», requería acuerdo de la Junta general. En consecuencia, en las sociedades de responsabilidad limitada resultaba patente el deber de los administradores de convocar la Junta general con carácter previo a la formulación del concurso. Tal y como dice SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 449: “ante estas disposiciones se ha declarado, si bien poniendo de manifiesto las contradicciones que surgen de los preceptos contenidos en las leyes societarias, que el artículo 3.1 de la Ley Concursal, que confiere a los administradores la competencia para decidir sobre la solicitud de declaración de concurso, debe interpretarse en el sentido de que su decisión ha de ir precedida de la convocatoria de la Junta general. Lo que implica, en definitiva, una modificación del artículo 3.1 de la Ley Concursal, ya que la facultad de los administradores de decidir sobre la solicitud de concurso, se ve transformada en la obligación de convocar la Junta general para que acuerde la presentación de la solicitud. En todo caso, es básico que haya surgido la situación actual o inminente de insolvencia por parte de la sociedad”. MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., “Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 24, 2005, pág. 108, considera que: “los artículos 262.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; actual artículo 365 de la Ley de Sociedades de Capital) hay que interpretarlos como lo que son: normas de distribución interorgánica de funciones y competencias que dirigen su mandato no a la sociedad sino a los titulares de la posición jurídica de órgano y sitúan en la Junta general la decisión de promover la disolución o el concurso cuando esto no es obligado, es decir, cuando la insolvencia no es actual (artículo 2.2 de la Ley Concursal) sino inminente (artículo 2.3 de la Ley Concursal). Los deberes societarios de promover la disolución o el concurso, mediante la convocatoria al efecto de la Junta general, se refieren a una situación de insolvencia inminente conexas a una de pérdidas cualificadas y consisten en la puesta en marcha de un proceso que debe comenzar con la convocatoria de la Junta y terminar, en el modelo legal, con el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio, la disolución y consiguiente apertura de la liquidación o el concurso; pero si en cualquier momento de ese proceso se llega al estado en que es obligado solicitar el concurso según la Ley Concursal (artículo 5.1 de la Ley Concursal) los administradores deben cumplir con este deber dentro de los plazos previstos en dicha Ley reguladora”. Por su parte, RONCERO SÁNCHEZ, A., “Comentarios al artículo 3. Legitimación”, ya cit., pág. 182, entiende que “la interpretación conjunta de las normas concursales y societarias permite concluir que, con carácter general, concurriendo una situación de insolvencia el órgano de administración será competente para decidir sobre la presentación de una solicitud de concurso si bien, deberá proceder a la convocatoria de la Junta general para someter a ésta la aprobación de un acuerdo sobre la presentación de la solicitud de declaración de concurso o de adopción de medidas alternativas que permitan superar la situación patrimonial”. Entiende, por tanto, este autor que la convocatoria de la Junta debe de ser considerada como un requisito (con el fin de permitir la adopción de medidas alternativas) pero no como un presupuesto necesario para la declaración del concurso”. En el mismo sentido PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores”, *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal*, GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (directores), Dilex, Paracuellos del Jarama (Madrid), 2003, pág. 89, donde señala: “...entiendo que la solicitud de concurso por el administrador debe ir precedida de la convocatoria de la Junta, aun cuando tema diferente sea el de la necesidad de acuerdo favorable de la Junta a la solicitud de concurso para que el administrador pueda presentarla”. Por otra parte, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, ya cit., págs. 604-605, rechazan la interpretación doctrinal “consistente en entender que los administradores de la sociedad de capital insolvente tienen la obligación de solicitar el concurso previa convocatoria de la Junta, sin esperar el acuerdo favorable de la Junta para proceder a dicha solicitud, pues no tiene sentido que para mantener la literalidad evidentemente equivocada de la Ley

consecuencia, creo que ante esta variación de contenidos debemos de reflexionar sobre la cuestión de si el Gobierno ha excedido la habilitación que le fue conferida en la disposición adicional séptima de la Ley 3/2009, de 3 de abril.

Teniendo en cuenta lo previsto en la Ley Concursal, procederá la declaración de concurso cuando el deudor se encuentre en un estado de insolvencia tal que no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (insolvencia actual, artículo 2.2) y se deberá de solicitar dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (artículo 5.1, este artículo impone el deber legal de solicitar la declaración de concurso¹⁸⁴⁵), además, se presume que ha conocido el estado de

(artículo 262.2.3 de la Ley de Sociedades Anónimas) se obligue a la sociedad a soportar los gastos de una convocatoria de la Junta inútil, ya que su resultado es irrelevante”.

¹⁸⁴⁵ Ahora bien, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 bis de la Ley Concursal –añadido por la ley 38/2011, de 10 de octubre– (antiguo artículo 5.3, introducido por el RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, BOE de 31 de marzo) el deudor puede posponer el deber de presentar la declaración de concurso poniendo en conocimiento del juzgado competente a tal efecto, que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a su propuesta anticipada de convenio. Dicha comunicación deberá de efectuarla en cualquier momento antes del vencimiento del plazo de dos meses establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario. Tal y como señala ÁLVAREZ VEGA, M. I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 475, “esta obligación se articula como una carga formal que tiene como misión exteriorizar la negociación abierta entre las partes y la de fijar temporalmente el plazo de que dispone el deudor insolvente para dar cumplimiento al deber de instar su concurso. Esta última consideración es muy importante, ya que, es necesario recordar que, en principio, la exigibilidad de instar el concurso sólo se suspende temporalmente, no se anula. Por tanto en orden a considerar el concurso como voluntario, se tiene por fecha la de la comunicación al juzgado...” (según lo dispuesto en el artículo 22.1, párrafo segundo de la Ley Concursal).

Además, el mencionado artículo 5 bis, en el punto 4 señala que transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor tiene la obligación de solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, salvo que no se encontrara en estado de insolvencia. Por tanto, según indica ÁLVAREZ VEGA, M. I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, ya cit., pág. 475, “esto significa, en último término que el plazo para solicitar el concurso voluntario se amplía de dos a seis meses en los supuestos de negociación de la propuesta anticipada”.

En cuanto a la propuesta anticipada de convenio, véase ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, ya cit., pág. 36, donde señala que “la configuración de la propuesta anticipada de convenio como instrumento para favorecer la solución pactada del concurso y las indudables ventajas que presenta derivadas de la negociación privada: flexibilidad, rapidez, y confidencialidad en la negociación con los acreedores, y a la vez la garantía que supone su desarrollo en el seno de un procedimiento judicial, conllevan un importante incentivo para la utilización de esta figura...”, más adelante en las pág. 190-191, añade que “la introducción de esta figura constituye un intento de configurar en nuestro ordenamiento un instituto mixto judicial/negocial de tratamiento de crisis económicas” y que “...incorpora las ventajas de los acuerdos extrajudiciales... siendo posteriormente sancionado judicialmente”; además, en las pág. 204-270 de la citada obra se recoge el régimen jurídico de la tramitación de la propuesta anticipada de convenio. En similares términos se expresa VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Comentarios al artículo 104”, *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO, F., (director), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pág. 803, donde recoge: “El caso es que con esta figura se dota de una mayor flexibilidad a la institución del convenio, al permitirse no sólo el convenio «clásico» aprobado en junta de acreedores, sino también un convenio anticipado sin necesidad de junta y con iguales garantías. Además logra un acortamiento muy relevante del tiempo de duración del concurso, un abaratamiento de sus costes y, finalmente, un adelantamiento del comienzo de la satisfacción de los acreedores...”.

En relación con las negociaciones llevadas a cabo para alcanzar un acuerdo de refinanciación, véase VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Los «acuerdos de refinanciación» en el Proyecto de reforma de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 15, 2011, pág. 163, donde señala: “...esta medida hace que los acuerdos de refinanciación se configuren como un «procedimiento extrajudicial» de evitación de concurso, pues permite al deudor evitar temporalmente la declaración de concurso mientras está negociando la refinanciación de la empresa, incluso aunque esté en una situación de insolvencia definitiva. Si se realiza la refinanciación, y con ella se sale del estado de insolvencia, entonces ya no habrá que solicitar el concurso, ni tampoco los acreedores podrán hacerlo (por no existir ya insolvencia), y así lo prevé

insolvencia cuando despachada ejecución o apremio no se hallaren bienes suficientes para el pago, cuando se dé un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, cuando existan embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor, cuando tenga lugar el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes, cuando se produzca un incumplimiento generalizado, bien del pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud del concurso, bien del pago de cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo, bien del pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades (artículo 5.2 en relación con el 2.4). Si el deudor fuera persona jurídica, el órgano de administración estará legitimado para decidir sobre la solicitud del concurso (artículo 3.1, párrafo segundo); en el caso de incumplir con el deber legal de solicitar el concurso en los dos meses siguientes, se prevé una presunción *iuris tantum* de concurrencia de dolo o culpa grave en la producción o agravamiento del estado de insolvencia, determinando la calificación como culpable del concurso (artículo 165 en relación con el 164), lo que puede llevar a que se condene a los administradores a la cobertura total o parcial del déficit (artículo 172 bis, añadido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre). Antes de la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, se ocupaba de esta temática el artículo 172.3 y a tenor de lo en él previsto, se podía dar la circunstancia de que se condenara a los administradores a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no percibieran en la liquidación de la masa activa.

Por consiguiente, si los administradores, ante una situación de pérdidas cualificadas que determine un estado de insolvencia actual, solicitan el concurso de la sociedad de acuerdo con lo preceptuado en la Ley Concursal que reconoce a los administradores como órgano competente para hacer tal solicitud, estableciendo, además, que éstos en caso de conocer (o de deber de conocer) el estado de insolvencia de la sociedad, no simplemente tienen la facultad de solicitar el concurso, sino una obligación de hacerlo, pienso que será, cuanto menos, controvertido, exigir responsabilidades a tenor de lo previsto en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, porque en definitiva, con la solicitud de concurso se está cumpliendo con el objetivo finalmente marcado por dicho artículo, en el supuesto de las sociedades que se encuentren en graves dificultades económicas (insolvencia actual), cual es, la solicitud de concurso, evitando, con la adopción de esta medida, posibles perjuicios para los intereses de los socios y de los terceros, así como una demora innecesaria en caso

expresamente el artículo 5 bis... El legislador pretende así potenciar estos acuerdos extrajudiciales, imponiendo a los acreedores el no poder solicitar el concurso si se está negociando la refinanciación, pues se considera más valioso salir de la situación de insolvencia que seguir la vía del concurso”.

Finalmente, en relación con el actual artículo 5 bis de la Ley concursal, debo señalar que, a diferencia del antiguo artículo 5.3, no contiene referencia alguna en cuanto al “estado de insolvencia actual”, limitándose a recoger que no será exigible al deudor el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario, cuando éste haya puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. Lo cierto es que, tal y como señala ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Operatividad práctica de la propuesta anticipada de convenio en el marco de las soluciones negociadas de las crisis económicas”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 8, 2008, págs. 461-462, “ los casos de insolvencia grave no constituyen el marco adecuado para dotar de efectividad a la propuesta anticipada de convenio... La situación de insolvencia inminente es realmente la más idónea para que el deudor pueda hacer uso de la propuesta anticipada de convenio, entendiéndose por tal aquella situación en que el deudor prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones, pero donde la empresa tiene aún posibilidades de seguir generando recursos con los que satisfacer a sus acreedores y reorganizarse si fuera preciso. Ello contrasta con los supuestos de insolvencia actual, en los que la gravedad de la situación reduce las posibilidades de éxito de la negociación extrajudicial ante la desconfianza de los acreedores... La coherencia de la conexión entre la propuesta anticipada de convenio y la insolvencia inminente como presupuesto objetivo del concurso radica en el carácter anticipado de ambas figuras, y en gran medida su carácter preventivo de una insolvencia mayor”

de convocatoria de una Junta general, cuando finalmente los administradores, si el acuerdo fuera contrario, están obligados a solicitar el concurso. A mayor abundamiento, considerando que la función de esta normativa es evitar las extinciones de hecho mediante la oportuna liquidación o a través de la adopción de medidas que propicien el saneamiento financiero de la sociedad, tal función puede verse satisfecha a través del proceso concursal, puesto que el convenio también puede ser una vía que posibilite el saneamiento financiero de la sociedad¹⁸⁴⁶ y aunque tanto la Ley Concursal, como la Ley de Sociedades de Capital son normas que tienen el mismo rango legal¹⁸⁴⁷, la habilitación que le fue concedida al Gobierno lo era para refundir, regularizar, aclarar y armonizar, pero no para variar el contenido normativo.

Cierto es que la propia Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Capital recoge en su Exponendo II que “...el texto refundido ha procedido a una muy importante generalización o extensión normativa de soluciones originariamente establecidas para una sola de las sociedades de capital, evitando no sólo remisiones, sino también tener que acudir a razonamientos en búsqueda de identidad de razón. Esta armonización era particularmente necesaria...y, sobre todo, en lo relativo a la disolución y liquidación de las sociedades de capital, pues contrastaba el muy envejecido capítulo IX de la Ley de sociedades anónimas con el mucho más moderno capítulo X de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, que se ha tomado como base para la refundición”¹⁸⁴⁸.

¹⁸⁴⁶ Tal y como manifiesta DE MARTÍN MUÑOZ, A. J., “La fase de convenio”, *La reforma de la legislación concursal. Estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de julio*, DE MARTÍN MUÑOZ, A. J. (coordinador), Universidad Pontificia de Comillas-Dykinson, Madrid, 2004, pág. 191, “el convenio concursal es un medio de resolver la situación de insolvencia del deudor mediante un pacto alcanzado en el seno del procedimiento, sancionado por la autoridad judicial y dirigido a satisfacer los créditos sin liquidar el pecunio del concursado; es decir, manteniendo su actividad empresarial o profesional”. Más adelante, en la pág. 192 añade que “la función económica del convenio es resolver la situación de insolvencia conservando la actividad del deudor y minimizando los costes del proceso”.

¹⁸⁴⁷ A pesar de lo cual, coincido con el profesor SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de Capital*, ya cit., pág. 420, cuando dice que “...llama la atención que regulado el deber de solicitud de concurso de en la Ley Concursal, una ley diversa, como es la Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley de Sociedades de Capital), imponga la grave responsabilidad en caso de incumplimiento de tal deber a los casos de incumplimientos de los deberes relativos a las causas de disolución de la sociedad”.

¹⁸⁴⁸ Efectivamente, el artículo 105.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, dice que los administradores deberán de convocar la Junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución “o inste el concurso”. Precisamente este artículo fue redactado conforme a lo previsto en la disposición final vigésima primera de la Ley Concursal, pero justamente en la disposición final vigésima de dicha Ley Concursal se redactó el apartado 2 del artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y, a tenor de su contenido, los administradores deberán de convocar la Junta general para que adopte el acuerdo de disolución, sin embargo, podrán solicitar la declaración de concurso cuando la sociedad se encuentre incurso en una causa de disolución por pérdidas cualificadas que determine la insolvencia de la sociedad en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal. Por lo tanto, es claro que se quiso dar un tratamiento distinto a un mismo supuesto. Lo cierto es que la convocatoria de la Junta general en una sociedad anónima, sobre todo en las grandes sociedades, requiere que se observen una serie de requisitos lo que, consecuentemente, puede retrasar la solicitud del concurso dando lugar, con ello, a una mayor degradación de la situación patrimonial de la sociedad; sin embargo, en las sociedades de responsabilidad limitada, dadas sus dimensiones y el régimen de las participaciones sociales, que establece la obligatoriedad de llevar un libro registro de socios (artículo 104 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada–), será más fácil cumplir con los requisitos exigidos para la convocatoria de la Junta general.

Por otra parte, VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Comentarios a la Disposición final vigésima primera”, *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO, F., (director), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pág. 1521, señala que “...la nueva redacción del apartado 1 del artículo 105 parece presuponer que es preciso un acuerdo de la junta. Pero como se aprecia, el acuerdo de la junta es preciso para acordar la disolución cuando concurren las causas contempladas en las letras c) a g) del 104.1 LSRL, entre las cuales no está, obviamente, la situación de insolvencia. Es más, según el artículo 104.1.e) LSRL lo que procede cuando exista insolvencia no es disolver, sino solicitar el concurso”.

Pero precisamente esta materia fue redactada en virtud de lo previsto en las disposiciones finales vigésima y vigésimo primera de la Ley Concursal de forma diversa para las Sociedades Anónimas y para las de Responsabilidad Limitada¹⁸⁴⁹.

Por último, debo indicar que los administradores de la SE incurrirán en responsabilidad solidaria cuando no soliciten el concurso de la sociedad (o en su caso, la disolución judicial) en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando esta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario al concurso (o a la disolución)¹⁸⁵⁰.

c. OBLIGADOS A CONVOCAR LA JUNTA GENERAL

Tal y como ya he recogido en párrafos precedentes, cuando la SE se encuentre incurso en una causa de disolución o en una situación de insolvencia (por pérdidas cualificadas)¹⁸⁵¹, deberá de convocarse la Junta general para que adopte las pertinentes medidas. Ahora bien, para determinar cuáles son las personas obligadas a convocar dicha Junta, debemos de tener en cuenta la forma en que esté organizada la administración de la SE.

¹⁸⁴⁹ Tal y como recoge SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 445: "... interesa hacer notar, una vez más, los defectos de política legislativa al modificar las leyes de sociedades de capital en las disposiciones adicionales de la Ley Concursal, que han creado problemas interpretativos y de coordinación entre las distintas normas que afectan a la competencia de los órganos sociales con relación a la solicitud del concurso y al régimen de la eventual responsabilidad de los administradores. Falta de coordinación debida en buena medida a los precipitados cambios sufridos por la Ley Concursal en su trámite parlamentario y, de modo especial, a los introducidos a última hora por el Senado. Necesidad de coordinación que había sido advertida por el legislador, si se tiene en cuenta que la disposición adicional tercera de dicha Ley Concursal, prevista con anterioridad a las modificaciones de las disposiciones finales, decía y dice que «el Gobierno remitirá al Congreso de Diputados un Proyecto de Ley de modificación» de la Ley de Sociedades Anónimas y de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada «a fin de adecuarlas a esta ley». Disposición que da a entender que el propósito originario del legislador era que las disposiciones de la Ley de Sociedades Anónimas y de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no modificaran la Ley Concursal, sino lo contrario, de forma que una vez aprobada ésta, las leyes societarias se adecuaran a ella. Esto se pone de manifiesto en el texto de esa disposición adicional al decir que el Gobierno ha de redactar un Proyecto de Ley «a fin de adecuarlas» (la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) a la propia Ley Concursal. Dicho en otros términos, de esa disposición adicional se deduce que el Proyecto de Ley que elabore el Gobierno ha de modificar las normas de Derecho societario, no las del nuevo Derecho concursal".

¹⁸⁵⁰ Dichas previsiones vienen recogidas en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.5 del TRLSA). El actual artículo 367 obvia, supongo que por descuido, la referencia al concurso. El cumplimiento de la obligación impuesta a los administradores exige que, en el supuesto de que la Junta general no adopte el acuerdo de disolución o de solicitud del concurso, cuando tal medida fuera necesaria, o bien la Junta no llegue a celebrarse, sean éstos los que subsidiariamente presenten la solicitud de disolución, para lo cual deberán de acreditar la existencia de la causa de disolución y que han transcurrido dos meses desde que tuvo lugar la concurrencia de la causa sin que la Junta general haya adoptado ningún acuerdo y sin que se haya procedido a la remoción de la misma. Igualmente, en el supuesto de que la Junta general no llegara a celebrarse o no adoptara el acuerdo para la solicitud de concurso, serán los administradores los que deberán de solicitar la declaración judicial del concurso de acreedores. En todo caso, aunque el acuerdo de solicitar el concurso fuera adoptado por la Junta general, la ejecución del mismo corresponderá a los administradores.

¹⁸⁵¹ A tenor de lo previsto en el 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 260.1.4º del TRLSA) en los casos de insolvencia de la sociedad por pérdidas cualificadas no procederá la disolución, puesto que lo procedente será solicitar el concurso, pero de acuerdo con lo previsto en la actual Ley de Sociedades de Capital (artículo 365), los administradores deberán de convocar la Junta general, bien para que adopte el acuerdo de disolución (o cualesquiera otros que consten en el orden del día y que fueran necesarios para la remoción de la causa) o bien, en el supuesto de pérdidas cualificadas que determinen la insolvencia de la sociedad, para que adopte el acuerdo de solicitud del concurso.

En las SE que hayan optado por un sistema monista (órgano único de administración), la convocatoria de la Junta se efectuará por quien corresponda, en función del modo en que éste organizado ese único órgano de administración:

- Administrador único. Será a éste a quien corresponda convocar la Junta general.
- Dos o más administradores solidarios. Bastará con que cualquiera de ellos convoque la Junta general.
- Dos administradores mancomunados. Deberán de convocar la Junta general los dos administradores.
- Consejo de administración. Será este órgano colegiado el encargado de convocar la Junta general¹⁸⁵².

En las SE que hayan optado por una administración dual (doble órgano: Dirección y Consejo de control), corresponderá la convocatoria de la Junta al órgano de dirección y al igual que en caso precedente, la convocatoria de la Junta se efectuará por quien corresponda, en función del modo en que esté organizado el órgano de dirección (administrador único, administradores solidarios, dos administradores mancomunados, Consejo de administración).

Ahora bien, en el sistema de administración dual, si las personas a las que corresponde convocar la Junta general no lo hacen en el plazo legal establecido (dos meses), estarán facultados para ello, tanto el Consejo de control, como el Juez de lo mercantil del domicilio social de la SE a petición de cualquier socio¹⁸⁵³; además, el Consejo de control podrá convocar la Junta general cuando lo estime conveniente para el interés social¹⁸⁵⁴.

¹⁸⁵² En opinión de BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, ya cit., págs. 251-252: “la adopción del acuerdo o decisión de convocar constituye un deber de carácter orgánico. Si la administración estuviera encomendada a un Consejo, se requiere acuerdo adoptado en sesión legalmente constituida, y si la administración estuviera encomendada a administradores mancomunados, se requiere decisión conjunta. Los miembros singulares del Consejo de administración (o un singular miembro del órgano de administración mancomunada) no pueden convocar individualmente la Junta general... Es dudoso si, en caso de cese de la mayoría de los miembros del Consejo de administración, cualquiera de los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo, que puede convocar Junta general con la finalidad de completar el órgano (véase el artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital), puede o no incluir en el orden del día de dicha Junta el tema de la disolución, aunque parece lógico pensar que, al existir tanto un deber legal como un concreto plazo para su cumplimiento, el Consejo deficitario tendría competencia para añadir la disolución de la sociedad al punto relativo a la cobertura de las vacantes”.

¹⁸⁵³ A tenor de lo previsto en los artículos 54.2 del RESE y 492.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 337.2 del TRLSA). El artículo 54.2 del RESE otorga al órgano de control la facultad de convocar la Junta general “en todo momento” o a “cualquier autoridad competente, con arreglo a la legislación nacional aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio de la SE”, y el artículo 492.2 (antiguo artículo 337.2 del TRLSA) confiere dicha facultad, cuando las Juntas no fueran convocadas dentro de los plazos establecidos por el RESE o los estatutos, al Consejo de control o, a petición de cualquier socio, al Juez de lo Mercantil del domicilio social conforme a lo previsto para las Juntas generales en la Ley de Sociedades de Capital. Tal y como señala RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Junta general”, ya cit., pág. 776, “...lo cierto es que la convocatoria no es siempre una facultad de los administradores, sino que en muchas ocasiones es una obligación cuyo incumplimiento puede dar lugar a su responsabilidad. Así sucede también cuando la convocatoria ha sido solicitada por uno o varios accionistas...”.

¹⁸⁵⁴ Según lo establecido en el artículo 492.3 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 337.3 del TRLSA) el Consejo de control podrá convocar la Junta general cuando “lo estime conveniente para el interés social”; además, de acuerdo con lo indicado en el pie de página precedente, también podrá hacerlo cuando las Juntas no fueran convocadas dentro de los plazos establecidos por el RESE o los estatutos. En este sentido ESTEBAN VELASCO, G., “Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea”, ya cit., pág. 100, considera que “parece procedente atribuir la competencia general para convocar las Juntas ordinarias y extraordinarias a la Dirección. Al Consejo de vigilancia le podría corresponder la facultad de convocar la Junta ordinaria o las Juntas periódicas cuando no lo hayan sido por la Dirección en los plazos

Cabe, sin embargo, destacar que la Junta que debe de adoptar el acuerdo de disolución o concurso de la sociedad reviste una especial importancia, no es una Junta más; en consecuencia considero que si el órgano de dirección no convoca la Junta en el plazo establecido, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 365 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.2 del TRLSA), el Consejo de control, si quiere evitar que esta especial responsabilidad del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.5 del TRLSA) pueda alcanzar a sus miembros, convirtiéndoles, en su caso, en responsables solidarios con los miembros del órgano de dirección, deberá de convocar la Junta siempre y cuando tenga conocimiento de la situación de disolución o concurso de la sociedad, puesto que dicho órgano está facultado a tales efectos y además, la convocatoria de la Junta resultará conveniente para el interés social¹⁸⁵⁵.

d. RESPONSABLES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LEGALES IMPUESTAS POR LOS ARTÍCULOS 365 A 367 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

El artículo 367 de la actual Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.5 del TRLSA) recoge el carácter solidario de la responsabilidad para el caso en que los administradores omitan su deber de promover la disolución o el concurso de la SE¹⁸⁵⁶, por tanto, dicho carácter solidario determina que la responsabilidad recaiga sobre todos los miembros de los órganos de administración o control, ya sean éstos personas físicas o jurídicas. Claro está, tal y como se desprende del tenor literal de este apartado, que los responsables son “los administradores”, por lo que se excluye, explícitamente, a los apoderados o representantes voluntarios nombrados por el órgano de administración¹⁸⁵⁷. Por

establecidos legal o estatutariamente así como la facultad de convocar la Junta extraordinaria cuando lo estime conveniente a los intereses sociales”.

¹⁸⁵⁵ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 492.3 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 337.3 del TRLSA). Conviene recordar que el órgano de dirección está obligado a informar al Consejo de control, al menos cada tres meses y cada vez que se produzca algún hecho relevante. Indudablemente, tanto la concurrencia de una causa de disolución, como el estado de insolvencia de la SE, son hechos relevantes que deben ser puestos en conocimiento del Consejo de control, y a mayor abundamiento, el Consejo de control podrá solicitar a la Dirección cuanta información necesite (artículo 41 del RESE).

A favor de la obligación del Consejo de control de convocar la Junta general que haya de decidir sobre la disolución o la solicitud de declaración de concurso, así como de la asunción de responsabilidad por incumplimiento de tal deber se pronuncia QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II”, ya cit., pág. 759. En contra se pronuncia LATORRE CHINER, N., “Disolución, liquidación e insolvencia de la Sociedad Anónima Europea”, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 373; FERNÁNDEZ DEL POZO, L. y SÁNCHEZ RUS, H., “Disolución, liquidación, insolvencia y suspensión de pagos” *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 839.

¹⁸⁵⁶ El deber de promover la disolución o el concurso se recoge en los artículos 365 a 367 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262 del TRLSA). El artículo 365 hace referencia al deber de convocatoria, el 366 a la disolución judicial y el 367 recoge la responsabilidad solidaria de los administradores por el incumplimiento de los deberes recogidos en los dos artículos precedentes.

¹⁸⁵⁷ Según lo dispuesto en el artículo 249.1 *in fine* de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 141.1 *in fine*, del TRLSA). Según manifiesta POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 489, “los apoderamientos aparecen configurados como contrapuestos y distintos a las delegaciones, incluso a las temporales. Constituyen, en efecto, un nuevo instrumento en el ámbito de la representación de la sociedad, pero ni tienen los apoderados la naturaleza de órgano social, ni forman parte de él como los cargos delegados en cuanto no ostentan la cualidad de administradores, ni son representantes necesarios de la sociedad, sino puramente voluntarios. Representan a la sociedad en virtud de los poderes conferidos por ésta –a través de su órgano de representación–, al igual que cualquier otro empresario, y su nombramiento no depende en absoluto, como la delegación, de la estructura necesariamente colegiada que adopte el órgano administrativo de la sociedad, pese al lugar –facultades del consejo– donde aparece reconocida”. En este mismo sentido MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y

el contrario, los consejeros delegados o los miembros de las Comisiones ejecutivas que nombre el órgano de administración, serán responsables solidarios con el resto de los miembros de los órganos, puesto que la delegación de las facultades, legalmente delegables, en alguno o algunos de sus miembros por parte del órgano de administración, tiene carácter orgánico y por lo tanto, el órgano delegante no pierde las facultades delegadas¹⁸⁵⁸.

En el supuesto de administrador-persona jurídica, el responsable no es la persona física que asume las funciones de representación de la sociedad administradora, sino la persona jurídica miembro del órgano de administración, sin perjuicio de las relaciones internas y en su caso de la responsabilidad de la persona física frente a su representada por las actuaciones llevadas a cabo como su representante¹⁸⁵⁹.

Indudablemente la pluralidad de administradores (en función del sistema por el que la SE haya optado y de la forma en que se estructuran los órganos que lo compongan), así como el carácter solidario de la responsabilidad, van a dificultar, sin duda, la identificación de quienes han incumplido la obligación legal de promover la disolución o de solicitar, cuando sea procedente, la declaración de concurso de la SE, ya que la solidaridad presupone, en principio, la responsabilidad de todos los miembros de los órganos sociales, salvo que los distintos administradores puedan exonerarse mediante la prueba de que su actuación ha sido la legalmente exigida¹⁸⁶⁰.

Para determinar qué administradores son responsables y cuáles pueden verse excluidos de dicha responsabilidad resulta necesario hacer un estudio de las formas de organización de los órganos de la SE, por lo que seguidamente procederé a examinar las diversas formas en que las SE domiciliadas en España pueden organizar su administración, en función del sistema por el que opten.

Del tratamiento que la Ley 19/2005 dispensa al órgano de control de las SE domiciliadas en España parece desprenderse que el legislador está pensando en un órgano colegiado, tanto al referirse a este órgano como “Consejo de control”, como al declarar de aplicación al Consejo de control lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas (actual Ley

delegación de facultades en el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 1768, señala: “la representación orgánica, propia de la delegación de facultades... se contraponen a la representación voluntaria típica del apoderamiento. A diferencia de la primera, en esta segunda forma de representación su contenido y extensión, así como todo lo relativo al ámbito de lícita actuación del apoderado se somete a los términos del poder que se hubiera otorgado. A diferencia también de lo que sucede con la delegación de facultades, que es objeto de inscripción constitutiva, los poderes no serán necesariamente inscribibles en el Registro Mercantil más que en el caso de tratarse de poderes generales. Y en todo caso, no se trata de una inscripción dotada de eficacia constitutiva”.

¹⁸⁵⁸ Véase BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, ya cit., pág. 273, donde dice: “la sanción se impone a quienes integren el órgano de administración y representación de la sociedad al día del vencimiento del plazo otorgado para el cumplimiento de los correspondientes deberes legales, cualquiera que sea su configuración estatutaria y, en el caso del Consejo de administración, con total independencia de que exista o no delegación de facultades. La sanción se aplica también, como es lógico a los denominados administradores de hecho...”.

¹⁸⁵⁹ En relación con esta materia puede consultarse RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, ya cit., págs. 58-79.

¹⁸⁶⁰ A tenor de lo dispuesto en el artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 133.3 del TRLSA) deberán probar que no habiendo intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo lesivo, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente aquél. A pesar de que el artículo 367 (antiguo artículo 262.5 del TRLSA) no hace referencia a la posibilidad de exoneración, es indudable que cabe la posibilidad de que algunos administradores sociales, a pesar de no haber cumplido con el artículo 367 (antiguo artículo 262.5 del TRLSA), no resulten responsables de las obligaciones por él impuestas.

de Sociedades de Capital) para el funcionamiento del Consejo de administración de las sociedades anónimas, en cuanto no contradiga lo dispuesto en el RESE¹⁸⁶¹

Por lo que respecta al órgano de dirección del sistema dual y al órgano de administración del sistema monista, como ya hemos visto en los apartados relativos a su estudio, pueden estructurarse de diversas formas¹⁸⁶²:

- Administrador único. Este supuesto, no presenta mayor problema, es claro que será el único responsable.
- Administradores solidarios. Bastará con que uno de ellos cumpla con las obligaciones impuestas por los artículos 365, 366.2 y 367 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262 del TRLSA) para que los demás queden exonerados.
- Dos administradores mancomunados. Quedará exonerado el administrador mancomunado que haya propuesto al otro administrador mancomunado la convocatoria de la Junta general¹⁸⁶³.
- Consejo de administración. Quedaran exonerados los administradores que hayan solicitado al Presidente del Consejo, con indicación de la causa en que funda su petición, la convocatoria del mismo a efectos de que se decida sobre la convocatoria de la Junta general. También, podrán exonerarse los administradores que hayan propuesto la convocatoria de la Junta general en un Consejo convocado por iniciativa del Presidente, aún cuando el Consejo no adopte el acuerdo de convocar la Junta general. De igual forma, quedarán exonerados los administradores que se hayan opuesto, expresamente en el Consejo, a la adopción del acuerdo de no convocatoria de la Junta general¹⁸⁶⁴.

En los casos relativos a los administradores mancomunados y a los miembros del Consejo de administración, anteriormente mencionados, se requerirá además, con carácter imprescindible, que el administrador que no ha conseguido (aunque sí lo ha intentado) que se convoque la Junta general, haya solicitado la disolución de la SE, ya que cualquier administrador no sólo está legitimado para ello como interesado¹⁸⁶⁵, sino que además, está obligado¹⁸⁶⁶ cuando el correspondiente acuerdo no pueda lograrse¹⁸⁶⁷.

¹⁸⁶¹ Según lo dispuesto en el artículo 333.1 del TRLSA (actual artículo 485 de la Ley de Sociedades de Capital) será de aplicación al Consejo de control lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para el Consejo de administración de nuestras sociedades anónimas nacionales, en cuanto no contradiga lo dispuesto en el RESE.

¹⁸⁶² De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 124.1 del Reglamento del Registro Mercantil, 477 y 480 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 328 y 331 del TRLSA).

¹⁸⁶³ Tal y como señala VALENZUELA GARACH, J., *La responsabilidad de los administradores en la disolución y concurso de las sociedades capitalistas*, ya cit., págs. 129-130: “cuando se trate de una actuación mancomunada... la principal duda reside en saber si será preciso que estos administradores convoquen de forma conjunta la Junta general (o soliciten en grupo la disolución judicial) que ha de acordar, en su caso, la disolución de la sociedad y que soliciten de igual modo la declaración de concurso, o si puede ser suficiente la decisión de uno de ellos cuando los otros se opongan de forma injustificada; nuestra normativa parece exigir la actuación conjunta en la adopción de cualquier decisión, con la salvedad de que la negativa de uno de ellos pueda paralizar los trámites (por ejemplo, en la convocatoria de la Junta general), pues quedará el otro... facultado –en cuanto interesado– para solicitar la disolución judicial de la sociedad”.

¹⁸⁶⁴ Se impone en estos supuestos la actuación colegiada, por lo que uno de sus miembros no podrá actuar al margen de los demás salvo que actúe en calidad de “interesado”. Véase VALENZUELA GARACH, J., *La responsabilidad de los administradores en la disolución y concurso de las sociedades capitalistas*, ya cit., pág. 130.

¹⁸⁶⁵ Según lo preceptuado en el artículo 366.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.3 del TRLSA) cualquier “interesado” podrá solicitar la disolución de la sociedad ante el Juez de lo mercantil del domicilio social y obviamente, cabe calificar a los administradores como “interesados”, máxime teniendo en cuenta la sanción que les puede acarrear el incumplimiento de estas obligaciones. En este sentido

Cuestión distinta sería la solicitud de declaración del concurso de acreedores, puesto que dicha solicitud debe de ser considerada como un deber orgánico y no es tarea de los administradores individualmente considerados¹⁸⁶⁸. Mi postura personal en este supuesto es que deberá de exonerarse a los administradores que hayan intentado por todos los medios que el órgano de administración o de dirección, en función del sistema por el que se haya optado (monista o dual), adoptara el acuerdo de solicitar el concurso de acreedores y a los que, en su caso, hubieran votado en contra de la decisión de no presentar tal solicitud.

Por lo que respecta al órgano de control del sistema dual, hay que tener en cuenta que según lo establecido nuestra Ley de Sociedades de Capital si la Junta general, convocada al efecto, no llega a celebrarse o bien, aunque se celebre no adopta el correspondiente acuerdo de disolución o de solicitud del concurso, “cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el Juez de lo mercantil del domicilio social”¹⁸⁶⁹.

En consecuencia, si los miembros del Consejo de control, en el ejercicio de la función de vigilancia que les compete, son conocedores de tal situación y quieren evitar la posibilidad de que esta especial responsabilidad les alcance convirtiéndoles en responsables solidarios con los miembros del órgano de dirección, deberán instar la disolución ante el Juez de lo mercantil del domicilio social de la SE. Asimismo, en los supuestos en que fuera procedente la declaración de concurso pienso que el Consejo de Control deberá intentar por todos los medios a su alcance que el órgano de dirección adopte el acuerdo de presentar la solicitud de concurso.

El cese en el cargo con anterioridad al plazo de los dos meses fijados para el cumplimiento de las obligaciones legales tendrá un efecto liberatorio de la responsabilidad, no así el cese efectuado con posterioridad cuando ya ha nacido el presupuesto de aplicación de la responsabilidad¹⁸⁷⁰. No obstante, el cese operará a efectos del cómputo de los cuatro años establecidos en el artículo 949 del C.Com.¹⁸⁷¹.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución de la sociedad anónima*, ya cit., pág. 131, señala que “la legitimación se extiende a los administradores considerados a título individual”.

¹⁸⁶⁶ En efecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 366.2 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.4 del TRLSA) se obliga a los administradores a solicitar la disolución de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde el día en que la Junta general debió de celebrarse (cuando a pesar de estar convocada no llega a constituirse) o desde el día de su celebración cuando el acuerdo no llegue a ser adoptado o sea contrario a la disolución.

¹⁸⁶⁷ Véase RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, ya cit., págs. 98-106. En este mismo sentido ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, ya cit., pág. 1472.

¹⁸⁶⁸ Según lo preceptuado en el artículo 5 de la Ley Concursal es deber del deudor solicitar el concurso y a tenor de lo previsto en el artículo 3 de dicha Ley “si el deudor fura persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación”. Véase BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, ya cit., pág. 254.

¹⁸⁶⁹ Según lo preceptuado en el artículo 366.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.3 del TRLSA) cualquier “interesado” podrá solicitar la disolución de la sociedad ante el Juez de lo mercantil del domicilio social y obviamente, los miembros del Consejo de control, en el ejercicio de las funciones de vigilancia que les competen, pueden ser conocedores de la situación irregular en la que se encuentra la sociedad, como consecuencia de no haber solicitado el órgano de dirección la disolución de la misma, por tanto, para evitar que les alcance la especial responsabilidad del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.5. del TRLSA), deberán de solicitar en su calidad de “interesados” la disolución judicial.

¹⁸⁷⁰ En este sentido la STS de 3 de diciembre de 2002 (RJ 333424 de Iustel), puntualiza: “..., “la responsabilidad de los tres consejeros delegados no se extinguió porque algunos de ellos renunciases al

e. CARÁCTER SOLIDARIO DE LA RESPONSABILIDAD

El carácter solidario de la responsabilidad de los administradores, por el incumplimiento de la obligación de convocar la Junta general para la adopción del acuerdo de disolución o concurso o, en su caso, por el incumplimiento de la obligación de solicitar la disolución o concurso cuando la Junta general (a pesar de estar convocada), bien no se haya constituido o, bien haya adoptado un acuerdo contrario a la disolución o concurso, queda claramente determinado de la dicción literal del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital¹⁸⁷² (antiguo artículo 262.5 del TRLSA).

Cierto es que el término “administradores”, interpretado en sentido literal, nos lleva a excluir a los miembros del Consejo de control de dicha acepción. Sin embargo, considero que el carácter solidario de la responsabilidad, que recoge el artículo que nos ocupa, se hará extensible a los miembros del Consejo de control cuando éstos, a pesar de estar informados de que la SE está incurso en causa de disolución o concurso, omitan el deber de convocar la Junta general y, en su caso, de promover la disolución de la SE, puesto que la Ley 19/2005 ha declarado de aplicación a los miembros de los órganos de administración, de dirección y del Consejo de control, las disposiciones sobre responsabilidad previstas para los administradores de sociedades anónimas en el ámbito de sus respectivas funciones¹⁸⁷³, responsabilidades, entre las que, obviamente, considero que se encuentra la aquí estudiada, máxime teniendo en cuenta que el Consejo de control está facultado para convocar la Junta general¹⁸⁷⁴ y que un diligente cumplimiento de las funciones supervisoras de dicho órgano

nombramiento en mayo de 1994. Había nacido ya en marzo y no existió causa alguna de extinción de esa responsabilidad...”

¹⁸⁷¹ Véase BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, ya cit., págs. 274-276; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., pág. 421-423, tal y como recoge este autor, “es doctrina generalmente aceptada que, ante la ausencia de norma alguna que regule esta cuestión en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (actual Ley de Sociedades de Capital), por aplicación del artículo 949 del C.Com. la responsabilidad de los administradores prescribe a los cuatro años contados desde que por cualquier causa cesaron en el ejercicio de la administración”.

¹⁸⁷² Tal y como señala PULGAR EZQUERRA, J., “La extinción de las sociedades de capital: disolución, liquidación y cancelación registral”, ya cit., págs. 206-207, “la responsabilidad por las deudas sociales se impone a todos aquellos que integren el órgano de administración de la sociedad en el momento en que la Junta debió ser convocada o instada la disolución judicial, salvo a aquellos que prueben que el incumplimiento del deber no les es imputable. Asimismo, tiene carácter ilimitado y solidario entre los propios administradores y en relación con la sociedad, alcanzando sólo a las obligaciones sociales que sean posteriores a la concurrencia de la causa legal de disolución (artículo 367.2 de la Ley de Sociedades de Capital), recayendo sobre los administradores la carga de probar que las deudas reclamadas son de fecha anterior”.

¹⁸⁷³ Según lo dispuesto en el artículo 335 del TRLSA (actual artículo 490 de la Ley de Sociedades de Capital) a los miembros del órgano de administración, dirección y Consejo de control se les aplicarán las disposiciones sobre responsabilidad previstas para los administradores de nuestras sociedades anónimas en el ámbito de sus respectivas funciones.

¹⁸⁷⁴ Tanto el artículo 54.2 del RESE como el artículo 492 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 337 del TRLSA) confieren facultades al órgano de control para la convocatoria de la Junta general. A tenor lo previsto en el artículo 54.2 del RESE la Junta general “podrá ser convocada en todo momento por el órgano de dirección, el órgano de administración, «el órgano de control», o... con arreglo a la legislación nacional aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio de la SE”. Por su parte, el legislador español en el artículo 492.2 y 3 (antiguo artículo 337.2 y 3 del TRLSA) ha previsto, para las SE que decidan establecerse en España y opten por el sistema dual de administración, que cuando las Juntas “no fueran convocadas dentro de los plazos establecidos por el Reglamento (CE) nº 2157/2001 o los estatutos, podrán serlo por el «Consejo de control””, asimismo, “el «Consejo de control» podrá convocar la Junta general de accionistas cuando lo estime conveniente para el interés social”.

debe ser suficiente para que éste adopte las pertinentes medidas en cuanto a la disolución o concurso de la SE¹⁸⁷⁵.

Establecido el carácter solidario de la responsabilidad de los miembros de los distintos órganos, debemos reparar en el hecho de que el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.5 del TRLSA) no hace referencia alguna a si la solidaridad es entre ellos o si bien, también lo es de los miembros de los diversos órganos con la SE.

Nuestra doctrina, en este sentido, ha sido prácticamente unánime al estimar que la solidaridad se proyecta también respecto de la sociedad anónima, por lo que cuando se den los presupuestos objetivos de la responsabilidad de los administradores previstos en este precepto, no se opera una sustitución de responsables, sino una ampliación de responsables. Se trata de sancionar a los administradores, sin eliminar la responsabilidad de la sociedad anónima por las obligaciones sociales contraídas por aquéllos en su nombre y representación y sin necesidad de que se llegue a una situación de insolvencia (excusión de bienes del patrimonio social), para que los administradores se vean sancionados y, a la vez, resulten protegidos los intereses de quienes contrataron con la sociedad anónima¹⁸⁷⁶.

Por tanto, aunque la SE sea, sin duda, la auténtica y única deudora lo cierto es que en virtud de lo establecido en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.5 del TRLSA), los miembros de los diversos órganos serán responsables y garantes junto con la SE de las deudas sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución (o concurso, en su caso), de tal forma que no será necesario hacer previa excusión de los bienes de la SE para poder reclamar frente a los miembros de los diversos órganos, puesto que esta responsabilidad solidaria opera al margen de la situación en que se encuentre la SE.

¹⁸⁷⁵ En opinión de VALENZUELA GARACH, J., la responsabilidad de los miembros del Consejo de control sería solidaria, si bien subsidiaria de la de los miembros del órgano de dirección. Véase VALENZUELA GARACH, J., “La responsabilidad societaria del órgano de administración en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España: pérdidas patrimoniales, disolución y concurso (art. 262.5 LSA)”, ya cit., pág. 87, donde recoge: “a nuestro juicio, la omisión de un hipotético deber de convocar la Junta general por el Consejo de control, cuando hubiese sido informado por la Dirección de las pérdidas patrimoniales graves o de la insolvencia, acarrearía para sus miembros igual responsabilidad que para los del órgano de dirección: la responsabilidad solidaria, si bien subsidiaria de la de los miembros del órgano de dirección (principales obligados), y junto a la de la propia SE (no es preciso haber hecho excusión del patrimonio social para exigir responsabilidad a aquéllos por la obligaciones o deudas sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución o al estado de insolvencia)”.

¹⁸⁷⁶ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, ya cit., pág. 83. En este mismo sentido VALENZUELA GARACH, J., *La responsabilidad de los administradores en la disolución y concurso de las sociedades capitalistas*, ya cit., pág. 144, recoge: “por nuestra parte ha de mantenerse que la solidaridad en la responsabilidad ante los acreedores sociales se entabla entre la sociedad, la exclusiva y autentica deudora, y todos los administradores, que son sólo responsables o garantes –en ningún caso deudores– de las obligaciones sociales posteriores a la concurrencia de la causa legítima de disolución o de un estado de insolvencia”; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, ya cit., págs. 271-272, señala: “la responsabilidad por las nuevas obligaciones sociales impuesta a los administradores sancionados tiene carácter solidario, por expresa disposición legal. La solidaridad rige no sólo, como parece obvio, entre los administradores responsables por imperativo de la ley, sino también entre la sociedad (única obligada) y los administradores (responsables). En efecto, si bien la ley no dice expresamente que la solidaridad es «entre sí y con la sociedad»..., la solidaridad con la sociedad puede deducirse sin excesivas dificultades del fundamento del sistema legal y de la circunstancia de que la responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales no se encuentra subordinada a la producción de hecho alguno que no sea el incumplimiento de los deberes legales. Ciertamente en la gran mayoría de los casos, la responsabilidad está funcionando –y seguirá funcionando– en la práctica como si se tratara de responsabilidad subsidiaria, por cuanto que los acreedores no reclamarán el pago de obligaciones sociales a los administradores si existe patrimonio social libre suficiente; pero eso no le priva del carácter solidario. Como consecuencia del carácter solidario pueden acumularse las acciones dirigidas contra la sociedad y contra los administradores”.

Se trata de una responsabilidad *ex lege* en la que concurren o se adicionan las responsabilidades del único deudor (la SE) y la de los garantes solidarios de una deuda ajena (los administradores incumplidores)¹⁸⁷⁷.

El tipo de responsabilidad impuesta es una especie de responsabilidad-sanción, que nace como consecuencia del incumplimiento del deber legal de promoción de la disolución o concurso, si bien la asunción de las obligaciones sociales por parte de los administradores no sustituye la responsabilidad de la SE, de tal forma que si la SE hace frente a las obligaciones sociales reclamadas, no podrá repetir contra los administradores¹⁸⁷⁸, sin embargo, si uno de los administradores satisface dichas obligaciones solidarias, sí podrá actuar en vía de regreso *pro quota* contra todos los demás administradores solidarios y por la totalidad contra la SE.

f. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD

La doctrina no es unánime en cuanto a la naturaleza de este especial tipo de responsabilidad; nos encontramos con dos sectores, uno de ellos se inclina por la responsabilidad clásica de indemnización por daños y perjuicios¹⁸⁷⁹ y el otro, mayoritario, al

¹⁸⁷⁷ VALENZUELA GARACH, J., “La responsabilidad societaria del órgano de administración en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España: pérdidas patrimoniales, disolución y concurso (art. 262.5. LSA)”, ya cit., pág. 89. En este mismo sentido ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, ya cit., págs. 1439-1440, señala: “se trata de una responsabilidad *ex lege*: a la responsabilidad de la sociedad deudora se añade *ministerio legis* la responsabilidad de los administradores. La sociedad continúa siendo la única «deudora», pero en caso de concurrencia de esas causas de disolución, ya no es la única «responsable». Sin ser «deudores», los administradores de la sociedad se convierten en «responsables» por las deudas sociales –esto es, por deudas ajenas–, sin que la sociedad pierda la responsabilidad por deuda propia. No estamos en presencia de una «responsabilidad objetiva» (o «cuasi-objetiva»), sino de una responsabilidad que se impone por la ley a los administradores por incumplimiento de esos dos deberes específicos”.

¹⁸⁷⁸ Claro está, dejando al margen la posibilidad de que la SE ejercite la acción social de responsabilidad (artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 134 del TRLSA–) contra los administradores que, por haber incumplido las obligaciones que les imponen los artículos 365 y 366 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262 del TRLSA), causen daños en el patrimonio social. En este sentido ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y frente a los terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, ya cit., pág. 1715, señala que “si paga la sociedad, desaparece el presupuesto para la exigencia de este tipo de responsabilidad frente a los administradores y se agota cualquier posibilidad de reclamación regresiva por esta vía, ya que paga el auténtico deudor. Si paga un administrador se extingue la responsabilidad en el ámbito externo, pero podrá dirigirse contra los demás, entrando en juego la distinta contribución al hecho determinante de este supuesto especial de responsabilidad (artículos 1137-1148CC). A la sociedad, como deudora inicial, podrá reclamar quien pagó la totalidad del importe satisfecho. La sociedad puede, en su caso, oponer la existencia de responsabilidad de los administradores por daño al patrimonio social en base al juego de la acción de responsabilidad general, del artículo 133-134 de la Ley de Sociedades Anónimas (actuales artículos 236 a 238 de la Ley de Sociedades de Capital). La insolvencia de la sociedad determinaría el reparto de la responsabilidad entre los administradores y si a ello se añadiera la insolvencia de alguno de los administradores la responsabilidad se distribuirá entre los restantes administradores solidarios (artículo 144.3 CC)”; SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., “La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Paracuellos del Jarama (Madrid), 1996, pág. 2507, recoge que “...el cumplimiento de la prestación por parte de uno cualquiera de los responsables haría surgir a su favor una acción de regreso contra la sociedad por la totalidad de la obligación cumplida y también una acción de regreso *pro quota* contra los demás administradores responsables. Otra cosa es que la sociedad a la que un administrador reclame lo satisfecho por su cuenta pueda plantear (por vía reconvenzional) una acción social de responsabilidad contra el administrador demandante si a lo mejor en ese momento descubre que el administrador ha sido el responsable de la situación patrimonial a la que ha llegado la sociedad y le ha impedido hacer frente al regular cumplimiento de sus obligaciones”.

¹⁸⁷⁹ En opinión de VALENZUELA GARACH, J., “La responsabilidad societaria del órgano de administración en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España: pérdidas patrimoniales, disolución y

que me adhiero, por la responsabilidad-sanción. Este tipo de responsabilidad tiene lugar por el incumplimiento de determinadas obligaciones legales y a pesar de que, en sí mismo, cualquier incumplimiento de obligaciones legales ya origina una responsabilidad conforme al artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 133 del TRLSA), el artículo ahora contemplado viene a añadir un plus a esa responsabilidad de los administradores, añadiendo una clara sanción ante el hecho de incumplir las obligaciones claramente especificadas en él¹⁸⁸⁰.

Esta responsabilidad *ex lege*, consistente en una omisión de las obligaciones impuestas, conllevará una sanción con independencia de que exista o no daño y nexo causal entre la acción y el daño, tal relación será innecesaria, bastará con que no se hayan cumplido las obligaciones, que este artículo impone, para que ante la existencia de obligaciones de la SE pendientes de pago surja la responsabilidad de los administradores incumplidores¹⁸⁸¹.

concurso (art. 262.5 LSA)”, ya cit., pág. 87, si se concibe como una responsabilidad por daños se estaría incurriendo en una innecesaria repetición en el artículo 262.5 (actual artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital), pues aquella se encuentra regulada anteriormente en los artículos 133 a 135 (actuales artículos 236 a 241 de la Ley de Sociedades de Capital); en ese caso, hubiese bastado con una remisión a estos últimos preceptos. En este mismo sentido QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y otras causas de exoneración”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 19, 2002-2, pág. 77, dice: “los artículos 133 a 135 (actuales artículos 236 a 241 de la Ley de Sociedades de Capital) regulan con nitidez un sistema de responsabilidad civil subjetiva o por daños que encaja perfectamente en el régimen general de este tipo de responsabilidad sin perjuicio de algunas especialidades en cuanto a los presupuestos, la forma solidaria, la carga de la prueba, la exoneración, la legitimación para ejercer las acciones, la prescripción, etc., todas ellas relacionadas con el contexto societario en el que el sistema opera. Los administradores, en este caso, son responsables del daño causado en el patrimonio social o en el individual de socios o terceros lo que determinará que se ejercite la acción social o la acción individual por quienes están respectivamente legitimados”, continua este autor, más adelante, diciendo “en el supuesto del artículo 262.5 (actual artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital) las cosas suceden de manera bien distinta: aquí los administradores si son condenados por el incumplimiento de sus obligaciones relacionadas con la disolución de la sociedad, no indemnizan ningún daño a los acreedores ni a otros legitimados, en la hipótesis de que los hubiera. Puede, incluso, no existir ningún daño en el supuesto, ni siquiera una situación de insolvencia de la sociedad que se quisiera remediar con su responsabilidad subsidiaria frente a los acreedores”.

¹⁸⁸⁰ En este sentido BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, ya cit., pág. 256, señala: “el sistema legal consiste... en imponer a los administradores una responsabilidad por obligaciones sociales como consecuencia del incumplimiento de deberes legales específicamente dispuestos para conseguir la disolución –o adoptar una medida alternativa, entre las que se incluye, en su caso, la declaración de concurso–. La Ley impone, pues, una sanción específica por el incumplimiento de un deber igualmente específico; los administradores pasan a responder solidariamente de obligaciones ajenas, como pena civil, por el incumplimiento de alguno de los deberes derivados de la concurrencia de una causa de disolución”. Esta finalidad sancionadora también se pone de manifiesto en la STS de 15 de julio de 1997 (RJ 1997/5609 de Aranzadi) al señalar: “... configura la responsabilidad solidaria de los administradores con la de la sociedad por las deudas sociales como una pena civil por la inactividad de aquéllos al no solicitar el acuerdo de la disolución de ésta en aquellos casos en que tal causa puede colocar a la entidad en una situación de insolvencia frente a los acreedores...”.

¹⁸⁸¹ En Este sentido: véase, entre mucha otras, la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 21 de junio de 1993, que sostiene: “esta responsabilidad solidaria de los administradores de la sociedad por las deudas sociales, constituye una pena civil que sanciona la inactividad de aquellos por no solicitar el acuerdo de disolución de la sociedad, cuando esta proceda según la Ley...”; la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de septiembre de 1994, que separa la acción individual de responsabilidad *ex* artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas y la “acción de responsabilidad solidaria por incumplimiento por los administradores de su deber de disolver la sociedad” del artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, al afirmar que: “se trata de dos acciones distintas que se basan en diferentes presupuestos”. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, ya cit., págs. 357-366; la STS de 9 de enero de 2006 (RJ 2006/199 de Aranzadi – Iustel 246794), donde se recoge “...los administradores responden porque no han convocado la Junta, no por razón de que no se haya adoptado el acuerdo de disolución, pero la omisión por la que se responde no es, por sí misma, generadora de daños a los acreedores de la sociedad, ni siquiera los agrava considerada en sí misma, y puesto que el daño no deriva de la acción (*rectius*, omisión), hasta el punto de que carece de sentido la relación de causalidad que es presupuesto ordinario de cualquier responsabilidad... la omisión que implica el incumplimiento del deber de convocar, con

Ahora bien, después de la redacción dada a este artículo por la Ley 19/2005, la responsabilidad exigida ha quedado constreñida a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución o al estado de insolvencia, aunque la carga de la prueba recae sobre los administradores que deberán de acreditar que son de fecha anterior, pues en principio y salvo prueba en contrario, las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la SE¹⁸⁸².

g. MEDIDAS EXCEPCIONALES Y TRANSITORIAS CONTENIDAS EN LOS REALES DECRETOS LEYES 10/2008, DE 12 DE DICIEMBRE, 5/2010, DE 31 DE MAYO Y 2/2012, DE 3 DE FEBRERO

Una vez más, y aunque en este caso sea con carácter transitorio y excepcional, como consecuencia de la crisis económica¹⁸⁸³ en la nos vemos inmersos, se ha vuelto a modificar el régimen de responsabilidad contenido en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.5 del TRLSA).

la consecuencia de poner a cargo de los administradores, de forma solidaria, el pasivo social, los créditos que se reclamen dentro del plazo de cuatro años (Sentencias de 20 de julio de 2001, de 30 de noviembre de 2001, de 7 de mayo de 2004, de 30 de septiembre de 2004), ha de tener, a fortiori, veste de sanción. Lo que se ha denominado, en la doctrina y en buena parte de la jurisprudencia, «una sanción o pena civil, en forma de responsabilidad objetiva por todas las deudas sociales». También, en igual sentido, véase VALENZUELA GARACH, J., *La responsabilidad de los administradores en la disolución y concurso de las sociedades capitalistas*, ya cit., págs. 113-114; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., págs. 390-399, concretamente en la pág. 392, este autor dice: “la imputación de la responsabilidad a los administradores por las deudas sociales posteriores a la causa de disolución no está subordinada a la insuficiencia patrimonial de la sociedad, ya que no tiene que existir daño ni relación de causalidad entre el incumplimiento y el impago de la deuda. No se impone para cubrir la insolvencia de la sociedad, que no es necesario que exista, sino que tiene otra finalidad...”.

¹⁸⁸² En efecto, el artículo 262.5, párrafo segundo del TRLSA (actual artículo 367.2 de la Ley de Sociedades de Capital) establece que “la responsabilidad de los administradores se extiende sólo a las nuevas obligaciones sociales, es decir, aquellas obligaciones sociales “posteriores al acaecimiento de la causa de disolución”. Los administradores incumplidores no son, pues, responsables de las obligaciones sociales anteriores. Es indiferente, en cambio, la naturaleza de la obligación social de que se trate (legal, contractual, extracontractual o cuasicontractual) y es indiferente, asimismo, el órgano o apoderado que hubiese actuado en representación de la sociedad”. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, ya cit., pág. 267.

En cuanto a la problemática relativa a la determinación de la fecha en que debe entenderse acaecida la causa de disolución, véase BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, ya cit., pág. 267-268; VALENZUELA GARACH, J., *La responsabilidad de los administradores en la disolución y concurso de las sociedades capitalistas*, ya cit., pág. 97.

¹⁸⁸³ Lo cierto es que el Gobierno ha realizado una serie de reformas para poner remedio a la crisis, entre otras, mediante el RDL 3/2009 de 27 de marzo, se introdujo una nueva disposición adicional cuarta en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal por la que se regulaban los llamados acuerdos de refinanciación. Véase VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Los «acuerdos de refinanciación» en el Proyecto de reforma de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, ya cit., pág. 157 donde recoge que “...cuando el Gobierno acometió la idea de realizar una serie de reformas que permitieran salir de la crisis, una de las medidas a tomar, bajo la presión de la propia crisis y de las entidades financieras, fue la de volver inmunes a la rescisión ciertos acuerdos de refinanciación. De esta forma los acreedores profesionales podrían renegociar el pasivo de deudores en dificultades, sin el riesgo de la rescisión. Por una vía legal, por lo tanto, se lograba inyectar financiación en los sectores con dificultades económicas. La razonabilidad de la refinanciación, además, hacía que esta medida no fuera arbitraria, y que los demás acreedores no pudieran sentirse perjudicados por esa inmunidad de ciertos acuerdos: de no refinanciar a las empresas, se argumentaba, esos acreedores iban a tener las mismas, o mayores, dificultades para cobrar. De todas formas la nueva norma nació con un cierto estigma de ser fruto de un «chantaje» de las entidades de crédito al poder público: para que las entidades financieras renegocien la deuda los acuerdos deben ser inmunes a la rescisión los acuerdos de refinanciación. Que la regla se incorporara mediante un Decreto-Ley y en una situación excepcional de crisis la teñía de un cierto «oportunismo». No era una pieza del Derecho concursal realizada dentro de la reforma global y ordenada de la Ley concursal, en 2003. Se trataba de un remedio ortopédico, incorporado gracias a (o a causa de) la situación de crisis”.

La disposición adicional única del RDL 10/2008, de 12 de diciembre¹⁸⁸⁴, no altera el régimen contable¹⁸⁸⁵ de las sociedades de capital, pero modifica el régimen societario mercantil de disolución por pérdidas, ya que dispone, en cuanto a la causa de disolución por pérdidas patrimoniales agravadas¹⁸⁸⁶, que no se computarán en la reducción del patrimonio neto las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales derivadas del inmovilizado material, las inversiones inmobiliarias y las existencias.

Por tanto, si la sociedad no se encuentra incurso en causa de disolución, como consecuencia de no computar tales pérdidas, los administradores no incurrirán en responsabilidad por no convocar la Junta general, en el plazo legalmente establecido, para que adopte el correspondiente acuerdo de disolución¹⁸⁸⁷.

No obstante, este régimen excepcional alcanza solamente a la causa disolutoria por pérdidas agravadas, pero no a los presupuestos legales para la solicitud de concurso¹⁸⁸⁸, por lo que puede darse el caso de sociedades que, en virtud de lo previsto en el RDL 10/2008, no estarán obligadas a disolverse pero si vendrán obligadas a solicitar el concurso voluntario o en su caso, podrán ser objeto de concurso necesario. Es claro que la suspensión analizada afecta sólo a las empresas solventes, en términos reales, pero afectadas de una crisis sólo contable, coyuntural y teóricamente reversible en el plazo de dos ejercicios sociales¹⁸⁸⁹.

En consecuencia, esta reforma sólo afecta a la causa disolutoria por pérdidas agravadas, pero no modifica la Ley Concursal y por tanto, los administradores estarán obligados a solicitar la declaración de concurso, en los supuestos en que la SE se encuentre incurso en insolvencia actual¹⁸⁹⁰, bajo pena de incurrir en responsabilidad por las deudas sociales.

Se debe de analizar, también, tanto el alcance temporal, como el ámbito subjetivo del RDL que nos ocupa.

En cuanto al alcance temporal, a tenor de lo previsto en el RDL 10/2008, este régimen jurídico transitorio de exoneración de responsabilidad por pérdidas agravadas

¹⁸⁸⁴ Publicado en el BOE número 300, de 13 de diciembre de 2008.

¹⁸⁸⁵ En consecuencia, se contabilizarán todas las pérdidas, incluidas las recogidas por el RDL examinado, lo que puede llevar a confundir a los acreedores a la hora de plantearse la correspondiente acción de responsabilidad, es por lo que, el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, sugiere que los auditores, en su informe, hagan constar cuando una sociedad es beneficiaria de este régimen especial; esta práctica, sin duda, evitará que se interpongan demandas basándose en una información contable que no tiene la trascendencia mercantil que debería de tener por causa de lo previsto en este RDL.

¹⁸⁸⁶ Supuesto recogido en el artículo 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 260.1.4º del TRLSA) y que determina que la sociedad deberá de disolverse “por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso”.

¹⁸⁸⁷ Recordemos que según lo dispuesto en el artículo 365.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.2 del TRLSA) se impone a los administradores (en los supuestos de pérdidas patrimoniales agravadas) el deber de “convocar la Junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o...”

¹⁸⁸⁸ La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia. Los presupuestos para la declaración de concurso se recogen en el artículo 2 de la Ley Concursal.

¹⁸⁸⁹ Véase RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D., “Últimas modificaciones de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en pérdidas”, *Diario La ley*, número 7156, 17 de abril de 2009, pág. 4. El plazo ha sido ampliado, a posteriori, por los RDL 5/2010, de 31 de marzo y 2/2012 de 3 de febrero.

¹⁸⁹⁰ Tal y como he dejado indicado en párrafos precedentes, la doctrina viene haciendo una distinción entre insolvencia actual e inminente, en este sentido comparto la opinión de RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D., en cuanto a que el legislador, en una próxima reforma de la legislación concursal, debería plantearse la conveniencia de hacer lo posible para anticipar las declaraciones de concurso, convirtiéndolo en un instrumento útil para la recuperación de empresas en crisis y a tales efectos, resultaría eficaz obligar a los administradores a solicitar el concurso de las sociedades que se encuentren en estado de insolvencia inminente. Véase RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D., “Últimas modificaciones de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en pérdidas”, ya cit., pág. 4.

tendrá una vigencia temporal, que se extenderá a los dos ejercicios sociales cerrados a partir de su entrada en vigor¹⁸⁹¹, que tuvo lugar el mismo día de su publicación en el BOE, esto es, el 13 de diciembre de 2008. Por tanto, y teniendo en cuenta que en nuestro país, prácticamente todas las sociedades cierran su ejercicio social el 31 de diciembre, se debe interpretar que su vigencia temporal se extenderá a los ejercicios sociales correspondientes a los años 2008 y 2009¹⁸⁹².

Si bien, el RDL 5/2010, de 31 de marzo¹⁸⁹³, ha renovado, sin solución de continuidad, este régimen transitorio y excepcional a los dos ejercicios sociales que se cierren a partir de la entrada en vigor de mismo¹⁸⁹⁴, es decir, a partir de su publicación en el BOE que tuvo lugar el día 1 de abril de 2010, esto es, por tanto, a los ejercicios sociales correspondientes a los años 2010 y 2011¹⁸⁹⁵.

A pesar de que la renovación efectuada por el RDL 5/2010, de 31 de marzo, lo era sin solución de continuidad, sorpresivamente nos encontramos con que la disposición adicional quinta del RDL 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, publicado en el BOE, número 30, de 4 de febrero de 2012, vuelve a renovar, según dice, una vez más, “sin solución de continuidad” (aunque permítaseme ponerlo en duda, dada la reiteración del concepto y la poca efectividad real del mismo) y a todos los efectos legales, el régimen jurídico transitorio de exoneración de responsabilidad por pérdidas agravadas, durante el ejercicio social que se cierre a partir de la entrada en vigor del mismo, y por tanto, teniendo en cuenta que según lo previsto en su disposición final séptima el RDL 2/2012, entró en vigor el mismo día de su publicación, que tuvo lugar el 4 de febrero de 2012, se aplicará al ejercicio social correspondiente al año 2012¹⁸⁹⁶.

Ahora bien, dado que los administradores están obligados a convocar la Junta general en el plazo de dos meses a contar desde la fecha en que tuvieron conocimiento de las pérdidas patrimoniales agravadas y que por tanto, tales pérdidas han podido ponerse de manifiesto en cualquier balance antes de la entrada en vigor de estos RDL, cabe preguntarse cuál es el alcance que esta normativa tiene de cara a los posibles procedimientos judiciales en curso por demandas interpuestas antes del 13 de diciembre de 2008 o entre el 1 de enero de 2010 y el 1 de abril de 2010, y, en su caso, entre el 1 de enero de 2012 y el 4 de febrero de 2012 (supuesto poco probable, dada la brevedad del plazo).

Del tenor literal, tanto de la disposición adicional única del RDL 10/2008, como del artículo 1 del RDL 5/2010, cabe interpretar que serían de aplicación tales RDL con efectos retroactivos limitados a los ejercicios 2008 y 2010, puesto que ambas disposiciones hacen referencia a su aplicación “en ejercicios sociales” (el RDL 10/2008), y a su aplicación “durante ejercicios sociales” (el RDL 5/2010), de tal forma que si esas pérdidas patrimoniales agravadas se encontraban dentro del ámbito objetivo de aplicación de dichos RDL, los administradores que no hubieran convocado en plazo la Junta general de disolución o no hubieran instado, en su caso, la disolución, se verían exonerados de responsabilidad, por tanto, en opinión de algunos autores, las posibles demandas

¹⁸⁹¹ El RDL/10/2008, de 12 de diciembre, entro en vigor, a tenor de lo dispuesto en su disposición final segunda, el mismo día de su publicación en el BOE, esto es el 13 de diciembre de 2008.

¹⁸⁹² Hay que tener en cuenta que el este RDL 10/2008 no será aplicable a las sociedades que hubieran cerrado el ejercicio social antes de que el mismo entrara en vigor (es decir, sociedades que hubieran cerrado su ejercicio social antes del 13 de diciembre de 2008). Por tanto, en este supuesto su ámbito excepcional de aplicación alcanzará a los ejercicios correspondientes a los años 2009 y 2010.

¹⁸⁹³ Publicado en el BOE número 79, de 1 de abril de 2010.

¹⁸⁹⁴ El RDL 5/2010, de 31 de marzo, entro en vigor, según lo dispuesto en su Disposición final segunda, el mismo día de su publicación en el BOE, es decir el día 1 de abril de 2010.

¹⁸⁹⁵ En el supuesto de sociedades que cierren su ejercicio social antes del 1 de abril, la aplicación tendrá lugar en los ejercicios sociales correspondientes a los años 2011 y 2012.

¹⁸⁹⁶ Si alguna sociedad cerrara su ejercicio social antes del 4 de febrero, la aplicación tendría lugar en el ejercicio social correspondiente al año 2013.

interpuestas deberían de desestimarse (sin imposición de costas), al quedar el proceso judicial sin objeto y por supuesto, si todavía no se hubiera interpuesto ninguna demanda (que tuviera su origen en la situación patrimonial de pérdidas agravadas correspondiente a los lapsos de tiempo a los que he hecho referencia) ya no podría interponerse después de la entrada en vigor de los repetidos RDL, al quedar los acreedores privados de la correspondiente acción por mor de los mismos¹⁸⁹⁷.

Por el contrario, otros autores estiman que, dado que esta norma excepcional no contiene regulación alguna sobre los efectos de Derecho transitorio, la aplicación retroactiva de la enervación de la causa disolutoria debería estar expresamente contemplada por la norma, en primer lugar porque lo contrario sería aplicar, más allá de los términos previstos por la misma, una norma excepcional y en segundo lugar, porque supondría una extinción de los créditos de los acreedores frente a los administradores surgidos hasta el momento de la enervación legal de la causa disolutoria. En todo caso, la responsabilidad de los administradores cesa para obligaciones posteriores, con la entrada en vigor de la norma excepcional, pero ello no puede servir de base para sostener la extinción de la responsabilidad anterior, como no lo es la enervación de la causa, bien por razones económicas de reequilibrio patrimonial, bien por incurrir la sociedad en insolvencia actual¹⁸⁹⁸.

En mi opinión, si los administradores han incumplido la obligación de convocar en plazo la Junta de disolución, las demandas interpuestas antes del 13 de diciembre de 2008 o entre el 1 de enero de 2010 y el 1 de abril de 2010, deberían de seguir su curso normal, puesto que, los acreedores interpusieron la correspondiente demanda en base a la legislación vigente en ese momento y el mero hecho de que se desestime la demanda sin imposición de costas no implica que los demandantes resulten indemnes, puesto que, por un lado, deberán de abonar los honorarios de su procurador y letrado y por otro lado, verán frustradas sus expectativas de cobro, cuyo fundamento tenía como base la legislación vigente, lo que, cuanto menos, creará un clima de inseguridad jurídica. Ahora bien, una vez que han entrado en vigor los RDL, ya no podrá interponerse demanda alguna en base a una situación patrimonial de pérdidas agravadas correspondientes a los referidos periodos de tiempo, ya que, según dicha legislación se produce una enervación de la causa disolutoria, quedando, por tanto, los acreedores privados de la correspondiente acción.

En relación al ámbito subjetivo y a pesar de que el enunciado del RDL puede inducir a confusión al hacer referencia a las pequeñas y medianas empresas, lo cierto es que las medidas que contiene son de aplicación a las empresas ya sean grandes, medianas o pequeñas que acumulen pérdidas en el inmovilizado, en definitiva, estas medidas vienen a beneficiar a las sociedades inmobiliarias españolas que se han encontrado con unos activos sobrevalorados¹⁸⁹⁹.

¹⁸⁹⁷ Véase RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D., “Últimas modificaciones de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en pérdidas”, ya cit., págs. 2 y 3.

¹⁸⁹⁸ MUÑOZ GARCÍA, A., “La causa disolutoria por pérdidas graves, en las sociedades de capital, tras las últimas modificaciones normativas aprobadas por la Ley 16/2007, de 4 de julio y el Real Decreto Ley 10/2008, de 12 de diciembre”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 270, octubre-diciembre 2008, pág. 1467.

¹⁸⁹⁹ Creo conveniente apuntar que muchas empresas inmobiliarias pertenecen a entidades bancarias, que precisamente han sido en parte causantes de potenciar la burbuja inmobiliaria, mediante la concesión indiscriminada de créditos y la elevada tasación de los inmuebles sobre los que se constituía la hipoteca en garantía de dichos préstamos.

h. MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 36.1 c) DEL CÓDIGO DE COMERCIO. VARIACIÓN EN EL CONCEPTO DE PATRIMONIO NETO A EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN OBLIGATORIA POR PÉRDIDAS

Por último, destacar que el RDL 10/2008, de 12 de diciembre, modifica el artículo 36.1 c) del C.Com.¹⁹⁰⁰ con carácter permanente, estableciendo un concepto de patrimonio neto específico a efectos societarios mercantiles, que afectará entre otros supuestos, al de disolución obligatoria por pérdidas y va a ser este concepto societario mercantil el que va a permitir que las sociedades de capital no se encuentren incursas en causa de disolución por pérdidas agravadas y por ende, va a librar a sus administradores de responsabilidad, puesto que el patrimonio neto contable se ve incrementado por determinados importes que especifica el indicado artículo¹⁹⁰¹.

B. EL ARTÍCULO 360.1.b) DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

La reciente Ley de Sociedades de Capital¹⁹⁰² ha venido a regular, para todas las sociedades de capital, una causa de disolución de pleno derecho que la anterior legislación contemplaba para las sociedades de responsabilidad limitada¹⁹⁰³.

Esta causa de disolución tiene lugar cuando, como consecuencia del cumplimiento de una ley¹⁹⁰⁴, haya que reducir el capital social por debajo del mínimo legal y haya

¹⁹⁰⁰ En efecto, el artículo 36.1 c) del C.Com. fue modificado según lo dispuesto en la disposición final primera del RDL 10/2008, de 12 de diciembre, publicado en el BOE número 300 de 13 de diciembre de 2008.

¹⁹⁰¹ Además, se está también ante una norma que va a tener una particular incidencia en un sector específico del empresariado, en este caso las entidades financieras, pues les permite que no impacten en sus cuentas de resultados las devaluaciones de las garantías ofrecidas por las sociedades para la obtención de créditos. En fin, tales coberturas de flujos de efectivo vienen a alcanzar también las operaciones de derivados sobre activos financieros y de cobertura de riesgos de cambio, pues tales operaciones son bien por variaciones de tipos de cambio o de tipos de interés, aliviándose así la cifra de patrimonio neto en los supuestos de subidas de tipos de interés. RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D., “Últimas modificaciones de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en pérdidas”, ya cit., pág. 5.

¹⁹⁰² En efecto el artículo 360.1.b) establece que “1. Las sociedades de capital se disolverán de pleno derecho en los siguientes casos: ... b) Por el transcurso de un año desde la adopción del acuerdo de reducción del capital social por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley, si no se hubiere inscrito en el Registro Mercantil la transformación o la disolución de la sociedad, o el aumento del capital social hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal.

Transcurrido un año sin que se hubiere inscrito la transformación o la disolución de la sociedad o el aumento de su capital, los administradores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales”. Tal y como ya he manifestado en otros supuestos, cabe preguntarse, una vez más, si el Gobierno no ha excedido la autorización conferida por la disposición final séptima de la Ley 3/2009, de 3 de abril.

¹⁹⁰³ Conforme a lo preceptuado en el artículo 108 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, si transcurre el plazo de un año desde la reducción del capital social por debajo del mínimo legal por consecuencia del cumplimiento de una ley, sin que se hubiere inscrito la transformación o la disolución de la sociedad o el aumento de su capital, los administradores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales

¹⁹⁰⁴ Así, p. ej., la causa de reducción obligatoria que impone el artículo 327 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 163.1 párrafo segundo del TRLSA), cuando las pérdidas hayan disminuido el patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiera transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto. Cabe citar, también, la posibilidad de que el capital social se reduzca por debajo del mínimo legal por imperativo de ley en los siguientes supuestos: el ejercicio de derecho de separación de los accionistas en caso de cambio del objeto social (artículo 349 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 147.3 del TRLSA–); la amortización de acciones por mora en el pago de dividendos (artículo 84.2 párrafo segundo de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 45.2 párrafo segundo del TRLSA–); por existencia de acciones propias (artículo 145.1 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 78.1 del TRLSA–).

transcurrido un año desde la adopción del acuerdo de reducción sin que se haya inscrito en el Registro Mercantil la transformación, la disolución de la sociedad, o el aumento de capital hasta una cifra igual o superior al mínimo legal, en cuyo caso, los administradores responderán solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales.

Se viene, por tanto, a añadir una nueva responsabilidad para los administradores de las sociedades anónimas, y por ende, para los miembros de los órganos de administración, dirección y del Consejo de control de las SE que decidan establecerse en nuestro país, en el ámbito de sus respectivas funciones¹⁹⁰⁵.

A mi juicio, cabe calificar esta responsabilidad como una responsabilidad-sanción, puesto que la misma se dará en el supuesto de que adoptado el correspondiente acuerdo de reducción de capital social por debajo del mínimo legal, trascurra un año sin que se haya inscrito en el Registro Mercantil bien la disolución, bien la transformación (en un tipo societario cuyas exigencias legales, en cuanto al capital social, se cumplan a pesar de la reducción sufrida) o se acredite el aumento de capital en la medida suficiente para restablecer la legalidad en cuanto al capital mínimo exigible en función del tipo societario.

Por tanto, considero que esta responsabilidad, al igual que la recogida en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de capital (antiguo artículo 262.5 del TRLSA), tiene lugar por el incumplimiento de unas determinadas obligaciones legales y dicho incumplimiento conllevará una sanción con independencia de que exista o no daño y nexo causal entre la acción y el daño, tal relación será innecesaria, bastará con que no se hayan cumplido las obligaciones, que este artículo impone, para que ante la existencia de obligaciones de la SE pendientes de pago surja la responsabilidad de los administradores incumplidores.

La responsabilidad establecida tiene carácter personal y solidario de los administradores entre sí y con la sociedad y su ámbito alcanza a todas las deudas sociales, pues el indicado artículo, a diferencia del 367, no contiene especificación alguna. Lo cierto es que la Ley 19/2005 que modificó el apartado 5 del artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (actual artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital) limitando la responsabilidad de los administradores a las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, no se ha ocupado de este precepto, tampoco lo ha hecho la reciente Ley de Sociedades de Capital que, sin embargo, ha hecho extensiva a las sociedades anónimas esta causa de disolución de pleno derecho anteriormente contemplada para las sociedades de responsabilidad limitada¹⁹⁰⁶.

C. EL ARTÍCULO 172 BIS DE LA LEY CONCURSAL

Este artículo ha sido añadido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE, número 245, de 11 de octubre de 2011). Con

¹⁹⁰⁵ Conforme a lo dispuesto en el artículo 490 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 335 del TRLSA) serán de aplicación a los miembros de los órganos de administración, de dirección y del Consejo de control, en el ámbito de sus respectivas funciones, las disposiciones sobre responsabilidad previstas para los administradores de las sociedades anónimas nacionales.

¹⁹⁰⁶ A pesar de que conforme a lo establecido legalmente el ámbito de esta responsabilidad alcanza a todas las deudas sociales, DÍAZ ECHEGARAY, J. L. se cuestiona la posibilidad de que la reducción alcance también a la responsabilidad derivada del artículo 360.1.b), párrafo segundo. A pesar de que considera que desde una perspectiva puramente técnica podría sostenerse que, al no haber sido reformado este precepto, la responsabilidad que establece permanece igual, entiende que sería procedente dicha reducción atendiendo a la realidad social actual, al espíritu y finalidad de las normas y sobre todo a la equidad con la que chocaría el mantenimiento de la durísima responsabilidad anterior después de la reforma. Véase DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., pág. 404.

anterioridad a la mencionada Ley de reforma, el artículo 172.3 de la Ley Concursal¹⁹⁰⁷ permitía que en la Sentencia de calificación, cuando el concurso hubiera sido calificado de culpable, se hiciera responsables de todo o parte del pasivo insatisfecho a los administradores de derecho o de hecho de la sociedad; después de la reforma es el artículo 172 bis el que se ocupa de esta especial responsabilidad. En este supuesto tampoco debe descartarse la posibilidad de extender la responsabilidad, que el citado artículo contempla, a los miembros del Consejo de control en el caso de que, habiéndose ejercido correctamente las funciones de supervisión que corresponden a dicho órgano, la generación o agravación de la insolvencia no se hubiera producido. En todo caso, el Juez del concurso, para la aplicación de lo dispuesto por este artículo, deberá de tener en cuenta las funciones que, bien estatutaria o legalmente, competen a los miembros de los diversos órganos de administración de la SE, según el sistema adoptado para la administración social¹⁹⁰⁸.

¹⁹⁰⁷ Este artículo estableció la responsabilidad de los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica y de quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, por el déficit patrimonial de la persona jurídica, cuando aquél se califique como culpable y se abra la fase de liquidación. Por tanto, las personas indicadas podían ser condenadas por el Juez del concurso a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no percibieran en la liquidación de la masa activa.

¹⁹⁰⁸ Otra cuestión que se plantea cuando estamos en presencia de un órgano pluripersonal y que la Ley Concursal no resuelve es la de determinar el carácter mancomunado o solidario de la responsabilidad; en este sentido GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 178, considera que: “la previsión del texto nos advierte expresamente que la responsabilidad concursal podrá recaer sobre todos los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica concursada, pero también que puede reducirse su alcance a algunos de ellos”. Más adelante, en la pág. 189 añade que: “el silencio del legislador respecto de estos extremos, no parece que deba ser interpretado a favor de una solución contraria a la regla de solidaridad, sino, quizás mejor, la falta de esa previsión obedece a la necesaria prudencia jurisprudencial” y por tanto, afirma “...que habrá de concluirse señalando que quedará al arbitrio judicial la determinación del posible carácter solidario, sin que la –criticable– ausencia de pronunciamiento expreso en la Ley Concursal constituya un argumento definitivo en sentido contrario”; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “La responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital”, *Comentarios a la Ley Concursal*, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 713, dice que “...contrariamente a lo que sucede en el Derecho de sociedades de capital, no se formula aquí regla alguna de solidaridad. En consecuencia, la condena de responsabilidad va referida a aquellos administradores –y sólo a aquellos– a los que sea imputable la generación o agravación del estado de insolvencia según resulte de lo actuado a lo largo del procedimiento concursal y, en particular, de la pieza de calificación, dentro del período de dos años que la norma prevé. Dicho en otras palabras: lo que configura la Ley es una responsabilidad por incumplimiento de obligaciones que alcanza sólo a los administradores que las incumplan, introduciéndose de esta suerte un elemento de imputabilidad, toda vez que los administradores incumplidores sólo lo serán aquellos a quienes el incumplimiento sea imputable”, más adelante en la pág. 716, añade: “desde el punto de vista subjetivo, es obvio que la responsabilidad se extiende, no a todos los administradores, sino sólo a los que quepa imputar la generación o agravación del estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave y tengan la condición de tales en el momento de la calificación del concurso como culpable, y a quienes hubieran tenido esa misma condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso (artículo 172.3 de la Ley Concursal)”; ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el artículo 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)”, *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal*, GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J. (directores), Dilex, Paracuellos del Jarama (Madrid), 2003, pág. 542, estima que “...esta justificación de la solidaridad no se da, en sede concursal. De un lado el artículo 172.3 de la Ley Concursal no otorga a los acreedores y tampoco a los socios o a los administradores concursados, la legitimación para exigir la responsabilidad concursal, siendo el Juez quien actuará de oficio al respecto a partir de los presupuestos del propio artículo 172.3 de la Ley Concursal. De otro, el Juez no actuará frente a todos los administradores sino sólo frente a aquellos administradores respecto de los que entienda que se dan los presupuestos del artículo 172.3 de la Ley Concursal, y ello sobre la base de que la apertura del concurso va a determinar un amplio acceso a la contabilidad, documentos complementarios... información que va a ver complementada a través del propio desarrollo de la pieza de calificación, de forma que el Juez va a disponer de una amplísima información”. Por su parte, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, ya cit., pág. 630,

Tres son los requisitos que deben de cumplirse a efectos de que la responsabilidad derivada de este artículo de la Ley Concursal pueda ser impuesta a los administradores: 1. Que la sociedad esté en fase de liquidación¹⁹⁰⁹; 2. Que el concurso haya sido calificado de culpable¹⁹¹⁰; y 3. Que después de liquidada la masa activa queden créditos impagados. Aún así el Juez estará facultado, pero no obligado, a condenar a los administradores¹⁹¹¹, de

consideran, frente a esta doctrina, que "...pese a que tal conocimiento se pueda dar, quienes evidentemente, de haber actuado con diligencia, podrán contar con mayor facilidad probatoria en tal sentido son los propios administradores, por lo que nos resistimos a que desaparezca aquí la responsabilidad solidaria como previsión legal expresa, genérica, susceptible de prueba en contrario, cuya pervivencia puede defenderse a través de la aplicación subsidiaria del artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital) e incluso del próximo artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital). Esta interpretación que aquí defendemos es, a nuestro juicio, más satisfactoria que otra que se ha venido defendiendo en la doctrina para alcanzar esa misma solidaridad, que pretende fundarse en el principio de unidad de fin, ya que si contamos con una regla especial aplicable a la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital consideramos que es preferible hacer uso de la misma que no remontarse a doctrina jurisprudencial pronunciada además en relación con supuestos de responsabilidad por daños". El artículo 172 bis añadido a la Ley Concursal a tenor de lo dispuesto en el apartado ciento uno del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE número 245, de 11 de octubre de 2011), ha venido a zanjar esta cuestión, puesto que, en el último párrafo de su apartado 1 recoge textualmente que "en caso de pluralidad de condenados, la Sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso".

¹⁹⁰⁹ Así, GARCÍA-CRUCES, J. A., "La responsabilidad concursal", *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 286, dice: "...se exige la concurrencia de un presupuesto material, pues no basta con que la calificación del concurso fuera la de culpable, sino que la Ley concursal limita la procedencia de la condena por responsabilidad concursal a aquellos supuestos en que se llegara a tal calificación por haberse abierto o, en su caso, reabierto, la sección sexta como consecuencia de la apertura de la liquidación concursal". Por tanto, tal y como recoge DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., pág. 464: "puede ocurrir que el concurso sea culpable, es decir, que los administradores o liquidadores hayan contribuido dolosamente o con culpa grave a la generación o agravación del estado de insolvencia de la sociedad y, pese a ello, no haber lugar a su responsabilidad por el déficit patrimonial de la misma porque el concurso ha finalizado por la vía de convenio, por muy gravoso que éste pueda resultar para los acreedores, puesto que para que la Sentencia de calificación pueda condenar a aquéllos se precisa la apertura de la fase de liquidación". Teniendo en cuenta que el convenio del concurso (por muy gravoso que sea) excluye esta responsabilidad y si partimos de la base de que dicha responsabilidad tiene carácter resarcitorio para los acreedores RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, ya cit., pág. 628, consideran que "queda patente la incongruencia del precepto finalmente aprobado".

¹⁹¹⁰ Por tanto, si la sentencia no califica el concurso como culpable no se podrá condenar a los administradores o liquidadores de la sociedad a la cobertura, total o parcial, del déficit. El artículo 164.1 de la Ley Concursal establece que la calificación de culpabilidad procederá "cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor... y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso", por su parte el artículo 165.1 de la citada Ley establece la presunción *iuris tantum* de la existencia de dolo o culpa grave cuando los administradores hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso y el artículo 164.2 de dicha ley recoge una serie de supuestos que cuando concurren darán lugar a que el concurso se califique como culpable. Tal y como señala FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "La responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital", ya cit., pág. 718: "...la responsabilidad concursal queda legalmente anudada a una imputabilidad agravada al quedar excluidos los supuestos de mera culpa o culpa leve...".

¹⁹¹¹ Véase BRANDI TAIANA, M. M. y MUÑOZ ARANGUREN, A., "Algunas consideraciones acerca de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales en el marco de la nueva Ley Concursal", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 44, diciembre 2005, pág. 133. Los citados autores consideran que "el Juez del concurso estará, en principio, facultado pero no obligado, a condenar a los administradores a responder por dichas deudas y la condena podrá ser total o parcial". En este mismo sentido se pronuncian RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I., "¿Más responsabilidad de los administradores en el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001?", *Derecho de los Negocios*, 13, número 139, abril 2002, pág. 11, donde señalan: "lo primero que llama la atención al acercarnos al artículo 213.2 PALC 95 es la desmesurada discrecionalidad judicial conferida al Juez del concurso... Tal discrecionalidad arranca ya

derecho o de hecho, y a quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso¹⁹¹², al pago total o parcial del importe de los créditos que resulten impagados después de haberse liquidado la masa activa de la sociedad.

Después de la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, es el artículo 172 bis el que se ocupa de regular la responsabilidad concursal y permite que, cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el Juez pueda condenar, a todos o algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales de la persona jurídica concursada que

desde la misma posibilidad de imponer o no esta responsabilidad a los administradores... Por ello, en aras de la necesaria seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), consideramos aconsejable la limitación, en el texto definitivo, de la discrecionalidad judicial, pues si el legislador estima que es positivo el hacer responsables a los administradores, de la sociedad víctima de concurso culpable, del déficit patrimonial sufrido por la misma, en beneficio de sus acreedores, deberá imponerse al Juez que en la Sentencia de calificación del concurso resuelva en tal sentido, pero no dejarlo a su arbitrio, sin aportar criterio alguno para decidir en uno u otro sentido"; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las Sociedades de Capital*, ya cit., pág. 452; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "La responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital", ya cit., pág. 714, donde recoge: "se trata como bien se advierte, de una norma de carácter facultativo no exenta de reparos, ya que, al utilizar la locución «podrá» el legislador no especifica el criterio con el que el Juez exigirá o no la responsabilidad al administrador y, en caso de pago, el cumplimiento total o parcial". En contra GARCÍA-CRUCES, J. A., "La responsabilidad concursal", ya cit., pág. 290, indica: "esta previsión no significa que la condena de responsabilidad concursal no le venga impuesta al Juez del concurso... El significado que ha de darse al expresivo podrá con que el texto se refiere a la imposición de tal condena significa, tan sólo, que éste no es, a diferencia de cuanto se dispone en los apartados 1 y 2 del artículo 172 de la Ley Concursal, un pronunciamiento que resulte necesario en todo caso de concurso culpable. Tal calificación permitirá la posible condena por responsabilidad concursal pero, a diferencia de lo que sucede respecto de los efectos personales y patrimoniales que ha de tener la Sentencia de calificación..., será precisa una justificación adicional que, en razón de las circunstancias concurrentes en el particular concurso calificado como culpable, le lleve al Juez concursal a sentar la procedencia de ésta última condena. La calificación del concurso como culpable es condición necesaria pero no suficiente para fundamentar tal condena, pues la procedencia de la responsabilidad concursal deberá asentarse en las particulares circunstancias que rodeen aquel concurso culpable. De esta manera, el legislador ha confiado al arbitrio judicial la concreción de los supuestos en que ha de resultar procedente la condena por responsabilidad concursal, y que habrán de referirse, en todo caso, a aquellos casos en que, por sus particulares circunstancias, encierren una mayor gravedad".

¹⁹¹² Según manifiesta GARCÍA-CRUCES, J. A., "La responsabilidad concursal", ya cit., pág. 288: "con esta opción de política legislativa, parece querer introducirse un criterio de seguridad jurídica, a fin de delimitar el periodo temporal en que los administradores y liquidadores pueden ver enjuiciadas sus actuaciones al frente de la sociedad luego declarada en concurso". En opinión de DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., págs. 467-468: "no resulta acertada la opción adoptada por el legislador que limita la responsabilidad de los administradores y liquidadores de la persona jurídica deudora tan sólo a los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, en lugar de los cuatro que establece el artículo 949 del C.Com. No parece razonable que los demás supuestos de responsabilidad de estos sujetos tengan un plazo de prescripción mayor, siendo así que éste tiene una mayor gravedad por exigirse un grado mayor de culpa y por afectar generalmente a un gran número de operadores. La opción de política legislativa más razonable hubiera sido la de limitarse a remitir la prescripción a lo que previene el artículo 949 del C.Com. En este mismo sentido RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, ya cit., pág. 631, señalan: "lo más lógico sería que dado que se está ante una responsabilidad de los administradores y que se cuenta con el redivivo artículo 949 del C.Com. –tantos años incomprensiblemente orillado por la práctica jurisprudencial– que contempla la prescripción cuatrienal de la responsabilidad de los administradores contada desde su cese también aplicable en este caso, se cohonestase el artículo 172.3 de la Ley Concursal con dicho precepto de modo que se prevea que la responsabilidad comprenderá a los administradores al tiempo del concurso y a los administradores culpables con responsabilidad no prescrita por haber cesado más allá de 4 años contados hacia atrás desde la fecha en que se inicien las actuaciones contra los mismos tendentes a plasmar su responsabilidad y cubriendo en todo caso a los administradores que lo hubiesen sido en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso".

hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación¹⁹¹³, a la cobertura, total o parcial, del déficit.

En consecuencia, el nuevo artículo amplía los sujetos a los que se puede exigir tal responsabilidad, haciendo referencia no sólo a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, sino también, a los apoderados generales, aunque recoge la posibilidad de que la condena afecte a todos o sólo a alguno de ellos. Siendo condenados los afectados a la cobertura, total o parcial, del déficit.

A diferencia de la acción derivada del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.5 del TRLSA), la responsabilidad ahora estudiada no se aplicará de forma automática, el Juez del concurso será, cuando el concurso haya sido calificado de culpable, el que en función de las circunstancias de cada caso decida sobre la aplicación y alcance de la misma y en todo caso, se requerirá que previamente se haya liquidado la masa activa de la sociedad concursada.

Asimismo, el párrafo segundo del artículo 172 bis de la Ley Concursal (añadido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre) establece que, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el Juez para fijar la condena al déficit del concurso tendrá en cuenta, además de los hechos probados en la Sentencia de calificación, los hechos determinantes de la reapertura, y el párrafo tercero del referido artículo dispone que, en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

En cuanto a la naturaleza de esta responsabilidad concursal existen diversas corrientes doctrinales; así nos encontramos con un sector mayoritario (al que me adhiero), que considera que estamos ante una responsabilidad-sanción¹⁹¹⁴, otros, sin embargo, entienden que es una responsabilidad por daños¹⁹¹⁵ y, finalmente, algunos se inclinan por

¹⁹¹³ En el caso de las personas jurídicas, podrán ser consideradas personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso (a tenor de lo previsto en el artículo 172.2.1, según la redacción dada a este artículo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre). Por tanto, el artículo 172 bis deberá de ponerse en relación con el artículo 172.2.1 que establece que “la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos:

1. La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. En caso de persona jurídica, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición”.

¹⁹¹⁴ Entre otros RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I., “¿Más responsabilidad de los administradores en el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001?”, ya cit., pág. 13; GARCÍA-CRUCES, J. A., “La responsabilidad concursal”, ya cit., pág. 297, donde dice: “..., parece más acertada la afirmación de que, de acuerdo con el texto legal, en la responsabilidad concursal el origen o empeoramiento del estado de insolvencia es un mero presupuesto que, con independencia de su significado como daño para la sociedad concursada, permite atender a una finalidad distinta, como es el de sancionar la conducta seguida por los administradores, procurando un mecanismo de cobertura del fallido concursal. La existencia del daño y su imputación no justifica la responsabilidad sancionada en el artículo 172.3 de la Ley Concursal, pues –en todo caso– la imputación requerida ha de ser cualificada (dolo, culpa lata) y, además, la procedencia de aquella responsabilidad se reserva para los supuestos de liquidación. Entiendo que esta conclusión no sólo es respetuosa, y la dota de pleno significado, con la previsión del artículo 172.3 de la ley sino que, además, es la única que permite una interpretación sistemática de tal regla respecto de otras normas acogidas en la Ley Concursal, a la par que posibilita la adecuada inserción de aquélla en nuestro Derecho privado”.

¹⁹¹⁵ En este sentido se posiciona ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el artículo 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad”, ya cit., pág. 544, donde señala: “el régimen legal en materia de responsabilidad concursal que acabamos de analizar y, en particular, los aspectos relativos a sus

una postura intermedia entre ambas, a modo de *tertium gennus* entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad-sanción, un híbrido con características de responsabilidad por daños y de responsabilidad-sanción¹⁹¹⁶.

Por otro lado, cabe señalar que el reconocimiento de la responsabilidad concursal no impide el posible ejercicio de las acciones generales de responsabilidad. Ahora bien, será procedente examinar el ejercicio de dichas acciones en función de lo dispuesto en la Ley Concursal, máxime teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por la reciente Ley 38/2011, de 10 de octubre, que ha venido a añadir un nuevo apartado 2 al artículo 50 y a introducir un nuevo artículo, el 51 bis; ambos relacionados con las acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas

presupuestos, alcance y exoneración, permiten considerar que estamos en el ámbito más general de la responsabilidad civil subjetiva o por daños de los administradores sociales, si bien con las particularidades de régimen que derivan de su ubicación y juego en sede concursal y, además, siempre que el concurso derive en la liquidación”; PULGAR EZQUERRA, J., “Comentarios al artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso”, ya cit., pág. 231, donde recoge que “nos encontramos, por tanto, ante una responsabilidad subjetiva no desvinculada del daño que la conducta de administradores o liquidadores haya causado al patrimonio del deudor –y, derivativamente a, los acreedores– que conecta en última instancia con el deber de diligencia de los administradores o liquidadores en el ejercicio de su cargo y no ante una responsabilidad de naturaleza sancionadora-punitiva...”. Véase, en relación con esta corriente doctrinal, los comentarios de GARCÍA-CRUCES, J. A., “La responsabilidad concursal”, ya cit., págs. 293-297. Este autor que está a favor de la postura mayoritaria presenta, en contra de la corriente que apoya la responsabilidad por daños, los siguientes argumentos: “la construcción de la acción ex artículo 172.3 de la Ley Concursal como la derivada de una responsabilidad resarcitoria vendría a suponer el carácter manifiestamente superfluo de la norma, dada la regla expresada de compatibilidad en el concurso entre aquélla y el régimen general de responsabilidad de los administradores que acoge el artículo 48.2 de la Ley. En efecto, con la caracterización de la responsabilidad por el fallido concursal se estaría afirmando una duplicidad de regímenes para conseguir un mismo resultado; esto es, la reparación del daño causado a la sociedad ahora concursada y, de forma derivada, a sus acreedores”; “...no podría justificarse, pues resulta contrario a elementales exigencias de nuestro Derecho positivo, que la procedencia de la reparación del daño quedara limitada a los supuestos en que el agente hubiera procedido con dolo o culpa lata, viniéndose a excluir toda suerte de resarcimiento en cualquier otro supuesto en que se hubiera procedido con distinto grado de culpabilidad”. GARCÍA-CRUCES, J. A., “La responsabilidad concursal”, ya cit., págs. 298 y 299 respectivamente. También puede consultarse GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, ya cit., págs. 180-181, donde expone dos objeciones a la configuración de la responsabilidad concursal como responsabilidad por daños puesto que, considera que “...vendría a constituir una previsión superflua, dada la vigencia del régimen general de las acciones de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad ahora concursada, a la par que implicaría una restricción injustificada de la procedencia de la súplica resarcitoria, ya que la misma –frente a cuanto previene el citado régimen general– sólo resultaría procedente en los supuestos de liquidación y bajo los presupuestos que anteriormente se señalaran, excluyéndose así su posibilidad –y por tanto, la reparación del daño– en los casos en que se alcanzara convenio”.

¹⁹¹⁶ BRANDI TAIANA, M. M. y MUÑOZ ARANGUREN, A., “Algunas consideraciones acerca de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales en el marco de la nueva Ley Concursal”, ya cit., págs. 134-135. Estos autores, al igual que PRENDES CARRIL, P., “La responsabilidad de los administradores tras la nueva Ley Concursal”, *Aranzadi Civil*, tomo XIII, volumen II, 2004, pág. 2036, consideran que se trata de una “responsabilidad a caballo, a modo de *tertium gennus* entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad-sanción, sin perjuicio de la incidencia que tanto la culpa como la relación causal deben tener en dicha responsabilidad”; “que la responsabilidad prevista en el artículo que analizamos constituye de alguna manera un híbrido con características de responsabilidad por daños y de responsabilidad-sanción”. También en este sentido parece pronunciarse SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 455, cuando dice: “la responsabilidad establecida por el artículo 172.3, si la ponemos en relación con la que deriva de los artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (actual artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital) tal y como la interpreta nuestra jurisprudencia en la que es irrelevante el daño y la culpa, ya que con ella se intenta imponer una sanción civil a los administradores por el incumplimiento de determinados deberes...habremos de considerarla como una responsabilidad por culpa agravada (culpa grave o dolo) en la que entra en juego el daño sufrido por los acreedores... y derivado de la generación o agravación de la insolvencia por la conducta de cada uno de los administradores. De ahí, que frente al automatismo de la responsabilidad-sanción del régimen de los artículos citados de las leyes de sociedades, en este caso opere una finalidad resarcitoria no exenta de un cierto carácter sancionador...”.

que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución.

Por tanto, en relación con la acción social, si ésta se interpuso antes de la declaración de concurso de la sociedad, continuará su tramitación ante el Juez de lo mercantil al que hubiera correspondido conocer del procedimiento¹⁹¹⁷ y la sentencia dictada por éste, será vinculante para el Juez del concurso¹⁹¹⁸; si la acción es interpuesta con posterioridad, el Juez del concurso será competente para su tramitación¹⁹¹⁹ por vía de incidente concursal. En todo

¹⁹¹⁷ En este mismo sentido se pronuncian MUÑOZ PLANAS, J. M. y MUÑOZ PAREDES, J. M., “Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 250, 2003, págs. 1346-1347, donde recogen: “en nuestra opinión, la competencia del Juez del concurso se limita a la acción social iniciada tras su declaración, pues, de un lado, aunque es cierto que el tenor del artículo 48.2 es amplio, del mismo no puede deducirse sin más una consecuencia tan excepcional y grave como sería la alteración “retroactiva” de las normas de competencia judicial y, de otro, porque, en cualquier caso, tal cambio de Juez competente precisaría de normas procesales específicas con las que no contamos”; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., pág. 495, donde señala: “... la competencia del Juez del concurso de la persona jurídica se limita a la acción iniciada tras su declaración, no a las promovidas con anterioridad, principalmente... por lo que sobre el particular señala el artículo 48.2., párrafo tercero de la Ley Concursal, conforme al cual no afectara a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado. Así pues, de las acciones de responsabilidad contra los administradores iniciadas con anterioridad a la declaración del concurso de la sociedad continuara entendiendo el Juez al que hubiera correspondido inicialmente su conocimiento”.

El artículo 48 ha sido modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal; además, dicha ley de reforma, ha añadido un nuevo artículo, el 48 quáter, relativo a los efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores de la sociedad deudora y, en virtud de lo en él dispuesto, una vez declarado el concurso la legitimación para el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores corresponderá con carácter exclusivo a la administración concursal.

¹⁹¹⁸ Según lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley Concursal, las sentencias firmes dictadas antes o después de la declaración concursal vinculan al Juez del concurso, que dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda.

¹⁹¹⁹ La competencia del Juez del concurso para el conocimiento de esta acción social de responsabilidad viene determinada en virtud de lo previsto en el artículo 8.7º de la Ley Concursal. Antes de la modificación de la referida Ley, y de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 48.2, el Juez del concurso era competente para conocer de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, pudieran corresponder a la persona jurídica deudora contra sus administradores, estando, además, legitimados los administradores concursales, sin necesidad de previo acuerdo de la Junta o asamblea de socios para el ejercicio de dichas acciones. Ahora bien, el artículo 48 quáter, añadido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley concursal, dispone que una vez declarado el concurso corresponderá “exclusivamente” a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores (sin embargo, considero que esta disposición colisiona con las facultades que, a estos efectos, corresponden a la Junta general, y condiciona el ejercicio de esta acción por parte de las minorías de accionistas, e incluso de los acreedores, que a tenor de lo dispuesto en los artículos 238 a 240 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 134 del TRLSA– están legitimados con carácter subsidiario. Los accionistas, que representen al menos del cinco por ciento del capital social, estarán subsidiariamente legitimados cuando no se convoque la Junta solicitada a tal fin, cuando el acuerdo de la Junta fuera contrario o cuando no se entable la acción en el plazo de un mes, después de que fuera acordada por la Junta. Los acreedores estarán legitimados, también con carácter subsidiario, cuando la acción no haya sido ejercitada ni por la sociedad ni por los socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos). En cualquier caso, no debemos olvidar que el ejercicio de la acción social de responsabilidad tiene como finalidad la reparación del daño causado en el patrimonio social, con independencia quienes estén legitimados activamente para su ejercicio.

Véase, en relación con esta materia y con la posible colisión y la necesidad de coordinación de la acción derivada de la responsabilidad concursal y de la acción social, GARCÍA-CRUCES, J. A., “La responsabilidad concursal”, ya cit., págs. 320- 325, concretamente, respecto a la posible colisión entre la acción social de responsabilidad y la acción concursal, en la pág. 324 recoge el siguiente argumento: “...no hay confusión posible entre ambas acciones. A este resultado de confusión no contribuye el hecho de que conozca del ejercicio de las dos acciones el Juez del concurso, pues me parece que tal circunstancia es irrelevante a los fines de determinar la naturaleza y finalidad de cada acción, ni justifica tal opinión el resultado material a que conduce el ejercicio de una u otra acción, pues el incremento de la masa activa no es solo resultado de aquéllas, sino, también, de otra muchas acciones que pudieran ejercitarse contra los

caso, la acción social de responsabilidad resulta ser compatible con la derivada del artículo 172 bis de la Ley Concursal (antiguo artículo 172.3), puesto que, en definitiva, dicha acción social tiende en cualquier supuesto a acrecer el patrimonio de la sociedad¹⁹²⁰.

Por lo que respecta a la acción individual, este tipo de acción se ejercitará ante el Juez que corresponda, ya que es independiente de la tramitación concursal, puesto que, se dirige contra los administradores (no contra la sociedad en concurso) por unos terceros (que aunque sean acreedores de la sociedad, su reclamación lo es por otro título diferente)¹⁹²¹.

administradores (piénsese en el posible ejercicio de las acciones de reintegración concursal ex artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal) así como en los efectos patrimoniales que tiene la calificación del concurso para los administradores que resultaran considerados como personas afectadas por ésta (vid. artículo 172.2, 3º de la Ley concursal). Obviamente, pese al resultado material –incremento de la masa activa– que se produce en estos últimos supuestos, nadie afirmaría, por tal motivo, una confusión de acciones”. Además, con la previsión contenida en el artículo 48.2. de la Ley Concursal, tal y como sostiene GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, ya cit., pág. 204, “...se viene a respetar la naturaleza tanto de la acción social de responsabilidad que pueda ejercitarse frente a los administradores (carácter indemnizatorio) como de la acción derivada de cuanto previene el artículo 172.3 de la Ley Concursal (finalidad sancionadora). Por otra parte, al atribuirse la competencia para el conocimiento de ambas acciones al Juez del concurso y, por otra parte, reconocerse la legitimación activa extraordinaria a favor de la administración concursal, se coordina suficientemente el ejercicio de las mismas y se evita cualquier disfuncionalidad en perjuicio del concurso”.

¹⁹²⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 458-459. A mayor abundamiento, es claro que no se dará una doble condena; véase en este sentido DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., pág. 510, donde recoge: “...es claro que no resulta posible una doble condena por los mismos hechos, puesto que las cantidades satisfechas como consecuencia de una acción vienen a minorar necesariamente la otra”; MUÑOZ PLANAS, J. M. y MUÑOZ PAREDES, J. M., “Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores”, ya cit., pág. 1352, señalan: “...el resarcimiento obtenido por un acreedor a través de las acciones societarias minorra o extingue su crédito contra la sociedad, y por tanto la eventual responsabilidad por deudas de los administradores”.

¹⁹²¹ Según manifiesta GARCÍA-CRUCES, J. A., “La responsabilidad concursal”, ya cit., pág. 326: “no cabe olvidar que el crédito derivado del ejercicio de la acción ex artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital) le asiste al acreedor no como acreedor concursal sino como tercero frente a un deudor también ajeno al concurso. La “*par conditio creditorum*” y sus exigencias derivadas podrían llegar a referirse, en su caso, a los créditos que puedan asistir frente a los administradores como consecuencia de su responsabilidad concursal pero, desde luego, no puede extenderse más allá y afectar a créditos ajenos. El crédito que asiste al socio o acreedor frente a los administradores y que le permite el ejercicio de la acción ex artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital) no es un crédito concursal”. Véase, también, BRANDI TAIANA, M. M. y MUÑOZ ARANGUREN, A., “Algunas consideraciones acerca de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales en el marco de la nueva Ley Concursal”, ya cit., págs. 138-140. Hay que tener en cuenta, no obstante, tal y como dice SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág. 459, que esta acción individual de responsabilidad, que engloba diversas indemnizaciones de socios o terceros directamente perjudicados por actos de los administradores, “puede entrar en colisión con los intereses de los acreedores, que subyacen en el procedimiento del concurso si producen la insolvencia de aquéllos”. Por su parte ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el artículo 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad”, ya cit., págs. 559-560, señala “...que a pesar de que en principio la acción individual sólo afecta a quien la ejercita (socio o tercero) y a los administradores, y por tanto no a la sociedad, el artículo 48.2 de la Ley Concursal debería haber previsto también la competencia del Juez del concurso para conocer de la acción individual de responsabilidad cuando el concurso sea calificado de culpable y por tanto entre en concurrencia la responsabilidad individual de los administradores frente a determinados terceros en base al artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital) con la responsabilidad concursal de los administradores frente a los terceros acreedores en base al artículo 172.3. de la Ley Concursal”; en contra de esta previsión se manifiesta GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, ya cit., pág. 206, que considera que resulta innecesaria tal coordinación puesto que el crédito que asiste al socio o acreedor frente a los administradores no tiene carácter concursal; en este mismo sentido, MUÑOZ PLANAS, J. M. y MUÑOZ PAREDES, J. M., “Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores”, ya cit., pág. 1349, donde señalan: “la posición de la ley para con la acción individual es, por el contrario, pensamos, la única que podía mantenerse. No tendría sentido restringir en modo alguno el derecho de los socios o acreedores a dirigirse contra los

Mayor dificultad presenta la acción de responsabilidad derivada de artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.5 del TRLSA) por el incumplimiento de los deberes de convocatoria de la Junta general para la adopción del acuerdo de disolución o de concurso o, en su caso, de solicitud judicial de la disolución o del concurso.

Descartada la posibilidad de que los administradores pudieran sufrir una doble condena, ex artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.5 del TRLSA) y artículo 172.3 de la Ley Concursal (actual artículo 172 bis), porque, obviamente, si se produce el pago por una reclamación de un acreedor, ex artículo 367, se producirá una minoración o extinción del crédito que éste ostentaba frente a la sociedad¹⁹²², podemos encontrarnos con dos situaciones diferentes, a saber: antes de la entrada en vigor de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma concursal, esto es, antes del 1 de enero de 2012 y después de la entrada en vigor de dicha Ley.

En efecto antes de la reciente reforma, la Ley Concursal¹⁹²³ guardaba silencio sobre la coordinación entre estas dos acciones de responsabilidad y en consecuencia, cabía preguntarse cuáles podrían ser los efectos derivados de que los acreedores de una sociedad en concurso iniciaran el ejercicio de las acciones derivadas del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 262.5 del TRLSA). En principio, según mi opinión, dichas acciones no tendrían por qué afectar al concurso, puesto que se está reclamando un crédito de la sociedad a unas personas diferentes al deudor principal (esto es, la sociedad), pero en el supuesto de que los administradores no pudieran hacer frente a todas las reclamaciones que les pudieran presentar, nos encontraríamos con casos en que los primeros en accionar, con independencia de la clasificación que tuviera su crédito, podrían ver satisfecho el mismo, lo que podría llegar a producir una alteración en el orden de prelación de los créditos concursales, de manera que se satisfaga un crédito ordinario y que uno privilegiado no pueda satisfacerse. Puede apuntarse, como una solución a esta problemática, la posibilidad de que los acreedores insatisfechos soliciten la declaración de concurso de los administradores, lo que permitiría revisar, a través de las acciones de reintegración de la masa, los pagos efectuados¹⁹²⁴.

administradores por los actos que lesionaron directamente sus derechos, ni parece tampoco necesario que de tales procesos conozca el Juez del concurso”.

¹⁹²² Tal y como señalan MUÑOZ PLANAS, J. M. y MUÑOZ PAREDES, J. M., “Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores”, ya cit., pág. 1352: “la independencia que se predica de unas u otras vías de exigencia de responsabilidad no puede llevar a pensar que la condena obtenida por alguna de ellas carece de incidencia sobre las otras y que es posible obtener un doble resarcimiento... el resarcimiento obtenido por un acreedor a través de las acciones societarias minora o extingue su crédito contra la sociedad, y por tanto la eventual responsabilidad por deudas de los administradores. Y, al revés, la asunción de la responsabilidad por parte de los créditos no satisfecha por la liquidación reduce, obviamente, la cuantía (de daño o de deuda social) susceptible de ser reclamada mediante la acción individual, social o del 262.5 (actual 367)”. En el mismo sentido, véase DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., pág. 510.

¹⁹²³ En cuanto al silencio de la Ley Concursal, GARCÍA-CRUCES, J. A., “La responsabilidad concursal”, ya cit., pág. 334, considera que: “...la Ley Concursal debería haber acompañado sus previsiones en torno a la incidencia del concurso sobre los órganos sociales con una previsión como la recogida en el artículo 57.2 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, en la que se hubiera atribuido a la administración concursal la legitimación exclusiva para el ejercicio de la acción de responsabilidad frente a los administradores sociales por no promoción de la disolución y, por otra parte, viniera a reservarse a favor del Juez del concurso la competencia para conocer del ejercicio de estas acciones”.

La modificación operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre ya recoge determinadas previsiones en cuanto al ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores por no promover la disolución (véanse los artículos 50.2 y 51 bis 1 de la Ley Concursal).

¹⁹²⁴ Para más información sobre esta problemática puede consultarse BRANDI TAIANA, M. M. y MUÑOZ ARANGUREN, A., “Algunas consideraciones acerca de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales en el marco de la nueva Ley Concursal”, ya cit., págs. 140-151; GARCÍA-CRUCES, J. A., “La responsabilidad concursal”, ya cit., págs. 326-336; MUÑOZ PLANAS, J. M. y MUÑOZ PAREDES, J. M., “Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores”, ya cit.,

A partir del 1 de enero de 2012, fecha de entrada en vigor de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, una vez declarado el concurso y hasta su conclusión no podrán admitirse por los Jueces de lo mercantil demandas de responsabilidad en base al artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital¹⁹²⁵. A mayor abundamiento, los procedimientos que estuvieran iniciados antes de la declaración del concurso quedarán en suspenso hasta que concluya el proceso concursal¹⁹²⁶

Conviene resaltar, a mi juicio, las contradicciones que surgen entre la Ley Concursal, que obliga a los administradores en caso de insolvencia a presentar la declaración de concurso en el plazo de dos meses y la Ley de Sociedades de Capital, que establece por una parte, que los administradores deben convocar la Junta general en el plazo de dos meses para que “ésta inste el concurso” y por otra, que cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la solicitud de concurso o no llegara a celebrarse la Junta convocada, serán los administradores los obligados a solicitar dicho concurso en el plazo de dos meses. Con lo cual, si los administradores dan cumplimiento a lo preceptuado en la Ley Concursal pueden encontrarse con una demanda de responsabilidad, por no haber dado cumplimiento a lo establecido en la Ley de Sociedades de Capital, por el contrario, si su conducta se ajusta a lo establecido en dicha Ley, en el supuesto de que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto, como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación y el

pág. 1351, donde recogen: “...en muchos de los casos en que proceda la calificación del concurso como culpable es previsible que los acreedores puedan ejercitar acciones individuales y especialmente, del 262.5 (actual 367), puede anticiparse que la eficacia práctica del artículo 172.3 de la Ley Concursal será reducida. Los acreedores tratarán de adelantarse a la solución concursal por cualquiera de esas vías extraconcursales, más sencillas y no sometidas a la *par conditio*”; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., pág.457, señala: “en el caso de responsabilidad de los administradores surgida como consecuencia de los artículos 265.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (actual artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital), la eficacia práctica de la responsabilidad que nazca del artículo 172.3 de la Ley Concursal ha de ser en algunos supuestos limitada, pues el ejercicio de esas acciones, nacidas necesariamente antes de la iniciación del procedimiento concursal..., quizás haga que su ejercicio extinga el patrimonio de los administradores...puede incluso llegar a eliminar mediante el pago de todas sus deudas, la razón de ser del procedimiento concursal...”; GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, ya cit., pág. 213, apunta: “si la solvencia de estos administradores permitiera la completa satisfacción de los créditos de terceros frente al concursado no mediaría problema alguno. Por el contrario, si el administrador no pudiera hacer frente totalmente a esta responsabilidad por las deudas, el riesgo presente sería el vaciamiento del concurso, en el sentido de que mediante las reclamaciones individuales de los acreedores frente a él pudiera darse al traste con la clasificación y prelación de créditos dispuesta en sede concursal...Sin embargo, en tal situación, tanto el administrador como sus acreedores estarían legitimados para instar la declaración del concurso de aquel (artículo 3.1 de la Ley Concursal”, más adelante en la pág. 214 insiste “en la importancia práctica que cabe predicar del –impropiamente denominado– embargo preventivo que previene el artículo 48.3 de la Ley Concursal y que el Juez del concurso puede ordenar anticipadamente a fin de asegurar la futura responsabilidad concursal de quienes reúnen la cualidad de administrador o liquidador, de hecho o de derecho, de la persona jurídica concursada y que luego fueran declarados como personas afectadas por la calificación. La práctica de esta traba –o de la caución sustitutoria– vendrá a evitar, en buena medida, algunos de los problemas que acabamos de enunciar. Esta medida, si fuera acordada, tenderá a evitar la huida del concurso por parte de los acreedores, minorando el riesgo derivado de posibles reclamaciones que éstos pudieran interesar al amparo de normas como los citados artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (actual artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital)”.

¹⁹²⁵ En efecto, según lo dispuesto en el apartado 2 (añadido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre), del artículo 50 de la Ley Concursal: “los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución...”.

¹⁹²⁶ De acuerdo con lo establecido en el artículo 51 bis de la Ley Concursal (este artículo ha sido añadido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre), una vez declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución.

concurso se califique como culpable, puede surgir la responsabilidad de los administradores derivada del artículo 172 bis de la Ley Concursal (antiguo artículo 172.3), puesto que el concurso puede ser calificado como culpable como consecuencia de no haber presentado la solicitud de concurso en el plazo estipulado por dicha Ley (dos meses).

Por tanto, considero que lo más aconsejable será, a efectos prácticos, que se tome como plazo para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de ambas leyes el plazo de dos meses, de forma que las obligaciones derivadas de la Ley societaria fueran cumplidas dentro del plazo en que la Ley Concursal obliga a presentar el concurso¹⁹²⁷.

¹⁹²⁷ Antes de la promulgación de la Ley Concursal, la doctrina consideraba que la presentación del concurso (dentro del plazo bimensual) podía justificar el incumplimiento de los administradores. En este sentido se posicionaban ALCOVER GARAU, G., “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales ex artículo 262.5 y los procedimientos concursales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 8, 1997, pág. 269, cuando afirmaba que “debe entenderse que la obligación del administrador de convocar la Junta o de solicitar la disolución judicial desaparece si presenta solicitud de suspensión de pagos o de quiebra voluntaria de la sociedad o, incluso, si se declara la quiebra a instancia de un tercero...si tales solicitudes o tal declaración se produce dentro del plazo de dos meses a contar desde las pérdidas cualificadas o desde que la Junta no se constituyó o no adoptó el acuerdo, los administradores no responden de las deudas sociales. Ello se deduce de la interpretación sistemática y teleológica de las normas concursales y societarias”; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución de la sociedad anónima*, ya cit., págs. 112-113, señala: “...hay que indicar que, precisamente por su finalidad los efectos de esta causa de disolución quedan enervados con la apertura de un procedimiento concursal sobre la sociedad: si, en presencia de pérdidas superiores a la mitad del capital social, y siempre que no hayan transcurrido los dos meses previstos para que los administradores convoquen Junta, se admite a trámite la suspensión de pagos o se declara la quiebra de la sociedad, carece de sentido aplicar una norma de protección de los acreedores que no cumpliría ya finalidad alguna. Piénsese, en efecto, que si, concurriendo el presupuesto para la apertura del procedimiento concursal, la sociedad se disuelve, los liquidadores están obligados a solicitar la suspensión de pagos o la quiebra en el plazo de diez días. En todo caso, finalizado el procedimiento concursal deberá determinarse si concurre o no la causa de disolución”; ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y frente a los terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, ya cit., pág. 1710, donde recoge: “si existe solicitud de procedimiento concursal antes de los dos meses y –al concurrir los presupuestos para su apertura– ésta se admite, no se incurre en la responsabilidad ex artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital)”.

Ahora bien, con la entrada en vigor de la Ley Concursal y las modificaciones operadas en sede societaria pueden darse supuestos en que, habiendo cumplido con los plazos societarios y siendo solicitado el concurso dentro de los dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido o desde el día de la Junta cuando el acuerdo hubiere sido contrario al concurso, los administradores incumplan los plazos concursales porque no estén solicitando el concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que conoció o debió de conocer su insolvencia, por tanto, aunque no incurrirían en la responsabilidad derivada del artículo 367 de la Ley Concursal (antiguo artículo 262.5. del TRLSA), el concurso sería calificado como culpable con los efectos de dicha calificación (artículo 172 bis de la Ley Concursal –antiguo artículo 172.3–). Véase PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores”, ya cit., págs. 94-96 y “Comentarios al artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso”, donde esta autora, concretamente, en las págs. 223-224, se cuestiona “si el plazo de dos meses previsto en el artículo 5 de la Ley Concursal debería empezar a contarse desde el día en que el administrador tuvo conocimiento de que, tras las pérdidas cualificadas, concurría una situación de insolvencia o a partir de los dos meses, a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta no se haya constituido o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiere sido contrario a la disolución o al concurso” considerando que “el plazo previsto en sede concursal para solicitar la declaración de concurso se conecta con el artículo 5 de la Ley al conocimiento o al deber de conocimiento sobre el estado de insolvencia del deudor. Por tanto, partiendo de la conexión legal entre conocimiento y solicitud del concurso se deriva que, en supuestos de deudor persona jurídica con forma societaria capitalista que estamos contemplando, ese conocimiento debe producirse por quien tiene capacidad no solo para presentar la solicitud de concurso sino, aún más, para decidir sobre su presentación y desde el momento en que, conforme a la línea interpretativa mantenida, ese órgano es la Junta de acreedores (sic) (creo que es un error y se refiere a la Junta de accionistas), habría que entender que el *dies a quo* del plazo de dos meses previsto para solicitar el concurso, debe iniciarse desde que ésta tenga conocimiento a través del órgano de administración y, por tanto, debería presentarse por el administrador la solicitud de concurso dentro de los dos meses siguientes a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta cuando no se hubiere constituido, o desde el día de la Junta

4. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES

Es una práctica habitual en las sociedades de capital contratar una póliza de seguros que ampare la responsabilidad civil de sus administradores¹⁹²⁸, el riesgo que conlleva el crecimiento de la responsabilidad exigida ha motivado que las sociedades contraten este tipo de seguros como medida para evitar que el cargo de administrador sea rechazado.

Esta modalidad de seguros se conoce internacionalmente como “pólizas D&O” (*Directors and Officers Liability Insurance*). Por ser un instrumento que viene a reducir el riesgo al que se ven sometidos los administradores, su crecimiento se ha desarrollado paralelamente al proceso evolutivo de la exigencia de responsabilidad¹⁹²⁹.

Aunque este tipo de seguro puede ser contratado individualmente por cada uno de los administradores¹⁹³⁰, lo normal es que sea la propia sociedad la que contrate el seguro

cuando el acuerdo hubiere sido contrario al concurso, como deriva del artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, así como del artículo 105.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (actual artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital), en la nueva redacción dada por la Disposición Final 20ª, apartado 6, Ley Concursal y Disposición Final 21ª, apartado 4º, Ley Concursal, debiendo considerarse presentada en plazo la solicitud de concurso dentro de dicho plazo”.

¹⁹²⁸ Tal y como señala DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya cit., pág. 263: “cabe preguntarse si es legítimo que la prima devengada por consecuencia de este seguro de responsabilidad del administrador sea satisfecha por la propia sociedad. No existiendo norma alguna de la que pueda deducirse su prohibición, debe entenderse que sí, que es legítimo el pago por la sociedad de la prima del seguro aun cuando con ello se desnaturaliza parcialmente el sistema, al satisfacer el posible lesionado la prima que cubre la responsabilidad civil de quien puede causarle el daño. Sin embargo, parece más conveniente permitir este pago, ya que su prohibición únicamente serviría para propiciar el fraude de aumentar la retribución de los administradores en cuanto resulte necesario para atender al pago de esa prima. El importe de la prima debe considerarse como retribución en especie”. En opinión de IRIBARREN BLANCO, M., *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, págs. 92-94, con la existencia del seguro se garantiza en mejor forma el derecho de la sociedad perjudicada a obtener la reparación de los daños sufridos ya que dispondrá de un deudor solvente, cual es, la compañía de seguros y además se debe de tener en cuenta que la configuración de los seguros de responsabilidad civil tienden, cada vez más, a la protección de los perjudicados, es por lo que considera que “ese beneficio, en suma, efectivamente obtenido por la sociedad con la existencia del seguro es suficiente para justificar el pago de un seguro D&O. Además, como argumento adicional, hay que decir que el seguro D&O no elimina el efecto de control o preventivo que ejerce la imposición de responsabilidad civil sobre la conducta de los administradores...”.

¹⁹²⁹ En España la contratación de este tipo de seguros es moderada, como motivos que han podido frenar la contratación de estos seguro se esgrime la posibilidad de que “su contratación puede constituir un incentivo para exigir responsabilidad de los administradores sociales y, sobre todo, la posibilidad de que su existencia genere una mayor propensión a declarar responsables a los administradores y/o a fijar indemnizaciones más cuantiosas”. RONCERO SÁNCHEZ, A., “El seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 525-526.

¹⁹³⁰ En opinión de VALENZUELA GARACH, J., *La responsabilidad de los administradores en la disolución y concurso de las sociedades capitalistas*, ya cit., pág. 102, “si la contratación de las pólizas se hiciese de forma individual por cada administrador, algo muy poco frecuente en la práctica, se encontrarían enormes dificultades para acordar una actuación conjunta en calidad de tomadores; además, sufrirían el inconveniente añadido de pagar una prima similar –por la solidaridad de la responsabilidad– a la prima global que pagarían todos los administradores en los habituales supuestos de pólizas colectivas contratadas por la propia entidad aseguradora”. Por su parte, BAÍLLO MORALES-ARCE, J., “El aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores: especial referencia al problema del dolo como excepción oponible o inoponible”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pág. 1285, señala: “...es bien sabido que muy frecuentemente son las propias sociedades las que, actuando conforme a lo establecido en el artículo 7 de la Ley de Contrato de Seguros, contratan como tomadoras seguros de responsabilidad civil por cuenta ajena, resultando asegurados los administradores de aquéllas. Sin embargo, aunque jurídicamente resulte irreprochable, dada la posibilidad de contratar seguros tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, creemos que si un administrador actúa como tomador del seguro que va a cubrir la propia responsabilidad en que el mismo pudiera incurrir con motivo del

mediante una póliza colectiva en la que la propia sociedad por cuenta ajena actuaría como tomadora del seguro y cada uno de los administradores (al ser la responsabilidad asegurada de carácter solidario) serían los asegurados¹⁹³¹. En cuanto al riesgo a cubrir vendrá derivado del nacimiento de una deuda indemnizatoria a cargo del asegurado como consecuencia de su responsabilidad civil. La delimitación del riesgo de un contrato de seguro suele realizarse positivamente con la concreción del riesgo asegurado y negativamente mediante exclusiones o limitaciones del riesgo asegurado; si bien, la delimitación de la cobertura de estos contratos de seguro de responsabilidad civil de los administradores resulta de lo más compleja¹⁹³² y suele ser usual que las partes incluyan la defensa jurídica e incluso que se incluyan las costas judiciales¹⁹³³.

En cuanto a la delimitación temporal, lo más habitual es que se fije en función de la vigencia del seguro, de forma que la reclamación debe de producirse dentro del periodo de vigencia material del seguro, con independencia del momento en que pueda haberse producido el hecho causante de la responsabilidad del asegurado¹⁹³⁴.

En todo caso, con la contratación de este tipo de pólizas se conseguirá que se vea aumentada la profesionalidad de los administradores, puesto que las compañías

ejercicio de su cargo viéndose obligado, en consecuencia, a efectuar la obligación de pago de las primas, las posibilidades de que el mismo realice actos de carácter doloso resultarían considerablemente reducidas”.

¹⁹³¹ Según expone RONCERO SÁNCHEZ, A., “El seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital”, ya cit., pág. 542: “...como consecuencia de la inercia derivada de la transcripción de formularios del seguro elaborados en otros países, el contrato de seguro de responsabilidad de administradores de sociedades es ofrecido usualmente en España por las compañías aseguradoras como un contrato de seguro de responsabilidad civil de administradores y “altos cargos” de una sociedad anónima. Con las fórmulas utilizadas en nuestro país por las compañías aseguradoras para delimitar al asegurado (administradores, consejeros o miembros del órgano de administración y altos cargos, altos ejecutivos o personal de alta dirección) se pretende emular, con diversa fortuna, la cobertura que se presta en el mercado asegurador anglosajón a los denominados *directors* y *officers*, una opción que en los ordenamientos jurídicos anglosajones resulta comprensible dada la proximidad existente entre el régimen de responsabilidad aplicable a unos y otros cargos”.

¹⁹³² Tal y como recoge BAÍLLO MORALES-ARCE, J., “El aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores: especial referencia al problema del dolo como excepción oponible o inoponible” ya cit., pág. 1264: “...con independencia de que las pólizas de seguro de responsabilidad civil de administradores excluyan de la cobertura los actos causados con dolo o mala fe por los asegurados, esto es, por los administradores, los actos cubiertos por la misma, que suelen recibir la ambigua denominación de «actos erróneos» o de «actos incorrectos» resultan definidos de forma bastante genérica, de forma y manera que una primera lectura de su significado bien pudiera llevar a entender, de manera equivocada, que los actos dolosos de los administradores quedan comprendidos dentro de los «actos erróneos»”. En este mismo sentido IRIBARREN BLANCO, M., *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*, ya cit., pág. 177, señala que “la exclusión del dolo de los asegurados, siendo una regla imprescindible del seguro porque preserva el elemento esencial del riesgo, sería aquí, si cupiese, más pertinente debido a la naturaleza de la actividad de los administradores de sociedades”.

¹⁹³³ En relación con esta materia véase RONCERO SÁNCHEZ, A., “El seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital”, ya cit., pág. 548-554 y 561-563; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, ya cit., págs. 407-411; VALENZUELA GARACH, J., *La responsabilidad de los administradores en la disolución y concurso de las sociedades capitalistas*, ya cit., págs. 100-101.

¹⁹³⁴ En este sentido RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, ya cit., pág. 411, recogen: “juegan en ellos una importancia decisiva la cláusula *claim made basis*, ya introducida en la legislación española de seguros tras la introducción del artículo 73.2 LCS por su reforma de 1995 fruto de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, al objeto de salvar los problemas que clásicamente vino suponiendo la determinación del ámbito especial de cobertura del seguro de responsabilidad civil. El administrador debe cuidarse de conseguir que la sucesión de seguros no le deje en ningún momento sin cobertura, mediante la utilización de cláusulas de cobertura retroactiva y de cobertura posterior que evitan espacios temporales en blanco”. En relación con la delimitación temporal del riesgo cubierto por el seguro, puede consultarse, también, IRIBARREN BLANCO, M., *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*, ya cit., págs. 201-213.

aseguradoras valoraran la formación y preparación, ya que, indudablemente, todos estos factores influirán a la hora de valorar el riesgo asegurado e incluso pueden influir sobre el coste de la prima¹⁹³⁵.

Señalaré, por último, que la suscripción del contrato de seguro de responsabilidad civil de los administradores supondrá un incremento en los costes de la sociedad, máxime teniendo en cuenta que normalmente ésta suele ser la tomadora del seguro, por lo que el coste de la prima viene considerándose como una retribución adicional de los administradores e incluso en el improbable supuesto de que el tomador fuera el administrador, resultará normal que con este motivo su retribución se vea incrementada para poder afrontar dicho coste, lo que en definitiva incidirá en un mayor gasto para la sociedad.

En mi opinión, con esta práctica se viene de alguna manera a truncar los objetivos perseguidos legislativamente, ya que el régimen de responsabilidad impuesto persigue que los administradores sociales sean los primeros interesados en cuidar que su conducta sea ajustada a Derecho y extremen las precauciones con las que deben conducirse en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas, lo que viene a ser una garantía para la salvaguardia de los derechos de socios y terceros.

VIII. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS POR LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EUROPEAS DOMICILIADAS EN ESPAÑA

Según lo dispuesto en la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la SE domiciliada en España, los miembros de cada órgano colegiado de la SE estarán legitimados para impugnar los acuerdos, nulos o anulables, adoptados por el órgano colegiado al que pertenezcan¹⁹³⁶. El plazo para el ejercicio de la correspondiente acción será de un mes

¹⁹³⁵ Tal y como recoge VALENZUELA GARACH, J., *La responsabilidad de los administradores en la disolución y concurso de las sociedades capitalistas*, ya cit., pág. 103: "...la suscripción de tales pólizas de seguro a favor de los administradores redundara inevitablemente en un incremento de su profesionalidad, elemento al que primordialmente atenderán las entidades aseguradoras al valorar el riesgo asegurado: éstas buscaran un exacto conocimiento de la preparación técnica de los administradores para el adecuado desarrollo de sus funciones, con el objeto de constatar la mayor o menor rentabilidad en la firma de estas pólizas de aseguramiento de la responsabilidad civil; no hay duda de que la cobertura de la posible responsabilidad de un administrador sin preparación (al margen de que despliegue su mayor diligencia), debería –cuando menos– repercutir en un aumento de la prima de seguro". En el mismo sentido RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, ya cit., pág. 417: "...coadyuva a la mejora de la profesionalidad de los administradores, pues las compañías aseguradoras se cuidan de analizar los conocimientos del administrador de que se trate en relación con el abanico de las actividades integradas en el objeto de la sociedad a administrar, antes de asegurarle".

¹⁹³⁶ En efecto, el artículo 336 del TRLSA (actual artículo 491 de la Ley de Sociedades de Capital) hace referencia a que los miembros de "cada órgano colegiado" de la SE (Consejo de dirección, Consejo de control, Consejo de administración) estarán legitimados para impugnar los acuerdos nulos o anulables del Consejo o "Comisión" al que pertenezcan, con este último término, "Comisión", parece que lo que se quiere es extender la posibilidad de que puedan ser impugnados los acuerdos adoptados por los órganos delegados (Comisión ejecutiva) de los órganos colegiados de administración, puesto que no tiene ningún sentido que tal posibilidad se extienda a otro tipo de comisiones que puedan crearse, por ejemplo, en el seno del Consejo de control que, en todo caso, tendrán funciones meramente auxiliares o de asesoramiento y por tanto, emitirán informes, presentarán propuestas, harán recomendaciones, etc. A mayor abundamiento, nuestra Ley de Sociedades de Capital al regular esta materia recoge, expresamente, que los acuerdos nulos o anulables que podrán ser impugnados serán los del Consejo de administración o los de "cualquier otro órgano colegiado de administración". Por lo demás, la redacción dada a este artículo es prácticamente idéntica (ampliada a todos los miembros de órganos colegiados) a la recogida en el artículo 251 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 143 del TRLSA) para la impugnación de los acuerdos nulos y anulables del Consejo de administración en el sistema monista. Claramente prima la colegialidad como presupuesto del ejercicio de la acción de impugnación, por consiguiente, los acuerdos de los órganos unipersonales o pluripersonales (dos administradores mancomunados) no colegiados quedan al margen del proceso impugnatorio. Asimismo, no

contado desde la fecha de adopción del acuerdo, también estarán legitimados, a estos efectos, los accionistas que representen al menos el cinco por ciento del capital social¹⁹³⁷, el plazo para el ejercicio de la acción será igualmente de un mes contado desde que tuvieron conocimiento del acuerdo impugnado, siempre que no haya transcurrido un año desde la adopción del mismo¹⁹³⁸.

contiene ninguna aclaración en cuanto a qué acuerdos se consideran nulos y cuáles anulables, por tanto, habrá que acudir a lo dispuesto en nuestra Ley de Sociedades de Capital, artículo 204 (antiguo artículo 115 del TRLSA) que declara que serán nulos los acuerdos contrarios a la ley, mientras que los que se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad serán anulables. Tal y como señala DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., *Los acuerdos del Consejo de administración. Especial referencia a su régimen de impugnación*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 243: "...debemos considerar aplicable al régimen de impugnación de los acuerdos del Consejo no sólo las normas procesales previstas para la impugnación de los acuerdos de la Junta general, sino, también, las disposiciones sustantivas establecidas para la impugnación de los acuerdos de este órgano, en cuanto no se opongan a las características del órgano de administración", siendo este el sentir mayoritario de la doctrina, entre otros: POLO SÁNCHEZ, E., "Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima", ya cit., pág. 529, donde recoge que "...pese a la ausencia de una remisión legal expresa, la impugnación de los acuerdos nulos y anulables del Consejo de administración o de cualquier otro órgano colegido de administración establecida por este artículo se refiere a los acuerdos que la propia ley ha declarado previamente impugnables cuando hayan sido adoptados por la Junta general: los acuerdos contrarios a la ley (nulos) y los que se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad (anulables)..."; GARCÍA LUENGO, R. y SOTO VÁZQUEZ, R., *El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima*, ya cit., págs. 641-642, donde indican que "la delimitación de esas dos clases de acuerdos requiere un análisis sistemático e integrador de la nueva disciplina societaria. De conformidad con este criterio, es menester acudir a las normas contempladas en el ya comentado artículo 115 (actual artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital)", más adelante añaden que "...la identidad de razón, que subyace a la posibilidad de impugnación de los acuerdos de la Junta y aquellos otros que dimanen de los órganos colegiados de administración, en vista de su compartida condición de órganos de la sociedad, autoriza la aplicación analógica de las reglas establecidas por el número 3 del mencionado artículo 115 (actual artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital); SÁNCHEZ CALERO, F., "Administradores (artículos 123 a 143)", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, ya cit., pág. 540, dice: "...cuando el artículo 143.1 (actual artículo 251.1 de la Ley de Sociedades de Capital) se refiere a acuerdos nulos o anulables ha de entenderse que tales calificaciones se emplean con el alcance previsto en el artículo 115.2 (actual artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital)".

¹⁹³⁷ Se requerirá la condición de accionista y además ostentar, bien de forma individual o conjunta, una representación del capital social no inferior al cinco por ciento; la doctrina viene entendiendo que el accionista o accionistas deben ostentar dicho porcentaje en el momento de interponer la demanda (siendo indiferente que tal porcentaje se ostentara o no en el momento de adopción del acuerdo). Una vez interpuesta la demanda se considera que es indiferente que se mantenga o no la proporción indicada, puesto que, la legitimación inicialmente acreditada persistirá como efecto de la *perpetuatio legitimationis*. Cuestión distinta será la pérdida de la condición de accionista, ya que en tal supuesto se producirá la innovación procesal conocida como carencia sobrevenida del objeto, en este sentido se pronuncia nuestro TS, así la STS de 5 de diciembre de 2001 (RJ 2002/1790 de Aranzadi), recoge en el fundamento jurídico segundo "la continuación de un procedimiento de impugnación de acuerdos sociales instado por un accionista en esa cualidad no es posible cuando ha dejado, durante la tramitación, de ser socio de la sociedad demandada. Ningún interés legítimo ostenta ya para obtener la nulidad de unos acuerdos sociales, con lo que ello supone para la vida de la sociedad a la que ya ha dejado de pertenecer". Véase FRIGOLA RIERA, A., "El Consejo de Administración: la impugnación de los acuerdos del Consejo", *Órganos de las sociedades de capital*, tomo II, GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 1400-1402. En este mismo sentido DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., *Los acuerdos del Consejo de administración. Especial referencia a su régimen de impugnación*, ya cit., pág. 306, donde indica: "si, una vez planteada la demanda, el actor enajena todas sus acciones o una parte tal que ya no ostente el 5% del capital, perderá la legitimación, pues no se trata de un derecho de participación social, sino de una actuación en defensa de la legalidad y del interés social, en definitiva de la pureza del acto, sin perjuicio de que el adquirente, si no ha concluido el plazo de caducidad pueda impugnar el acuerdo del Consejo".

¹⁹³⁸ Se da un tratamiento uniforme a la ineficacia de los acuerdos nulos y anulables, extensible, al parecer, a aquellos acuerdos "que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público" (nuestra Ley de Sociedades de Capital, artículo 205.1 –antiguo artículo 116.1. del TRLSA–, contiene una especialidad en torno a los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público, cuando son adoptados por la Junta general, que consiste en la no aplicación del plazo de un año al que se somete la caducidad de la

En cuanto a la legitimación activa, cualquiera de los miembros componentes de uno de los órganos colegiados o comisiones tiene la facultad de impugnar los acuerdos nulos o anulables de la comisión u órgano colegiado al que pertenezcan¹⁹³⁹.

acción de impugnación de los acuerdos nulos de la Junta general), estableciéndose un plazo de caducidad unitario tanto para los acuerdos nulos como para los acuerdos anulables, si bien por considerar que los accionistas pueden tener mayores dificultades para conocer los acuerdos adoptados por los órganos colegiados, el plazo del mes se contará desde que tuvieron conocimiento del acuerdo, siempre que no hubiera transcurrido un año desde su adopción. De todas formas, teniendo en cuenta que los accionistas ni tan siquiera tienen porque saber cuando tienen lugar las reuniones de los diversos órganos, será difícil probar cuando han tenido conocimiento de los acuerdos adoptados por dichos órganos colegiados, dejando a salvo, claro está, los acuerdos que sean inscribibles en el Registro Mercantil. Tal y como recoge POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, ya cit., pág. 538: “la dificultad y, en ocasiones, imposibilidad de las pruebas negativas –la llamada *probatio diabólica*– impide cargar sobre los accionistas la prueba de desconocimiento del acuerdo hasta una fecha determinada a los efectos del cómputo del plazo, por lo que en estos casos el plazo de caducidad hay que entender que queda ampliado de hecho a un año, salvo que la sociedad pruebe el conocimiento de la adopción del acuerdo por el accionista o accionistas impugnantes”.

¹⁹³⁹ Dicha pretensión judicial sólo podrá ser ejercitada respecto a los acuerdos adoptados por el órgano colegiado o comisión de la que formen parte, pero no sobre los acuerdos que pudieran ser adoptados por cualesquiera otros órganos colegiados o comisiones de los que no sean miembros. Ningún otro requisito adicional (como pudiera ser la exigencia de hacer constar en acta su oposición al acuerdo) se les exige. Es suficiente, en todo caso, que tengan la condición de miembros del órgano colegiado o comisión en el momento de la adopción del acuerdo. Incluso, el administrador votante o promovente de un determinado acuerdo podrá impugnarlo si a posteriori constata que es potencialmente perjudicial para el interés social, ya que como dice FRIGOLA RIERA, A., “El Consejo de Administración: la impugnación de los acuerdos del Consejo”, ya cit., pág. 1395, “no puede equipararse la situación del administrador frente a los acuerdos del órgano colegiado de administración, al socio frente a los acuerdos adoptados por la Junta general. En este último caso es lógico que la ley exija que el impugnante haya observado una especial conducta frente al acuerdo, de la que se desprenda –al menos– su falta de adhesión, puesto que en tal caso el socio sí actúa en interés propio y sus actos definen la posición jurídica de su autor...la diferencia radica en que al administrador le incumbe la defensa del interés social. Y es la defensa de tal interés social la que tienen que permitir que el administrador votante o promovente de un determinado acuerdo pueda impugnarlo si, con posterioridad a tales actos, es capaz de constatar que los mismos son potencialmente perjudiciales para el interés social cuya tutela le confiere la Ley”. En este mismo sentido DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., *Los acuerdos del Consejo de administración. Especial referencia a su régimen de impugnación*, ya cit., pág. 293, donde recoge: “...entendemos que una interpretación rigurosa del deber de diligencia del administrador previsto en el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital) lleva a considerar que el administrador que, después de haber intervenido en la decisión, se dé cuenta que el acuerdo adoptado es antijurídico lo puede impugnar, ya que el interés social prevalece frente a la teoría de los actos propios, pues actúa en defensa del interés social, no del suyo particular”. Igualmente ALCALÁ DÍAZ, M. A., *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de las Sociedades Anónimas*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 412-413, considera que “...de apreciarse los vicios que dan lugar a la anulabilidad en un momento posterior a la reunión cualquier administrador podrá impugnar el acuerdo aunque hubiera asistido a ella, o incluso hubiera votado a favor. Lo relevante en este sentido no es si el administrador contribuyó o no a la adopción del acuerdo por cuanto posteriormente puede reconsiderar su decisión sino si el acuerdo es lesivo al interés social y, por tanto, si el administrador puede proteger dicho interés mediante el ejercicio de las acciones de impugnación. No siendo lesivo al interés social pero concurriendo un vicio en el procedimiento de adopción, el administrador deberá ponderar los intereses en juego y como resultado de ello decidir si ejercita o no las acciones correspondientes”; SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del Consejo de administración*, ya cit., pág. 401, donde señala: “en efecto, que el tratamiento unitario de la nulidad y la anulabilidad se revele como más adecuado cuando se refiere a los acuerdos del Consejo que a los de la Junta, justifica la extensión de la legitimación para impugnar los acuerdos del Consejo a cualquiera de sus miembros. Así cualquiera de los administradores podrá impugnar los acuerdos simplemente anulables sin tener en cuenta su participación en la reunión, el sentido de su voto y la constancia en acta de su oposición al acuerdo o la posible privación ilegítima del voto, como se requiere para los accionistas... Consecuencia lógica de la equiparación de las categorías de nulidad y anulabilidad es, pues, que un acuerdo simplemente anulable pueda impugnarse por quien contribuyó positivamente a su adopción”; SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores (artículos 123 a 143)”, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, ya cit., pág. 544, donde argumenta: “la justificación de no exigir esos requisitos complementarios puede encontrarse, en la pretensión que tiene la ley de no impedir que los administradores se opongan a los acuerdos lesivos para la sociedad, no sólo en el momento de su adopción, sino también en el de su ejecución”.

En cuanto a la legitimación pasiva, teniendo en cuenta que la Ley 19/2005 no contiene previsión alguna y que, a mayor abundamiento, la Ley de Sociedades de Capital al regular la acción de impugnación de los acuerdos nulos o anulables del Consejo de administración o de cualesquiera otros órganos colegiados, tampoco regula este extremo, habrá que acudir a lo establecido para las acciones de impugnación de los acuerdos de la Junta general de nuestras sociedades anónimas nacionales y por tanto, la acción deberá de dirigirse contra la sociedad que comparecerá por medio de sus representantes legales. En consecuencia, cuando se trate de impugnar un acuerdo del Consejo de administración en los sistemas monistas, dado que el representante legal de la sociedad será el propio Consejo, habrá que acudir a los miembros del mismo a los que los estatutos, en su caso, confieran el poder de representación (artículo 124.2, letra d) del Reglamento del Registro Mercantil y 233.2, letra d) de la Ley de Sociedades de Capital) y, en su defecto, el propio Consejo de administración deberá de adoptar el acuerdo de personarse en el procedimiento, con abogado y procurador, para contestar a la demanda. Si dicho acuerdo no pudiera lograrse habrá que acudir al Juez para que nombre, de entre los consejeros que hubieran votado a favor del acuerdo, a la persona que representará a la sociedad¹⁹⁴⁰.

Ahora bien, en relación con las SE que decidan establecerse en España y opten por el sistema de administración dual hay que tener en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2005, la representación de la sociedad frente a los miembros del Consejo de dirección corresponde al Consejo de control¹⁹⁴¹ y por tanto, considero que en los supuestos de impugnación de acuerdos adoptados por el órgano de dirección el Consejo de control representará a la sociedad.

En cuanto al procedimiento y teniendo en cuenta, una vez más, que la Ley 19/2005 no contiene regulación alguna, habrá que acudir a lo previsto en nuestra Ley de Sociedades de Capital para nuestras sociedades anónimas nacionales que, en esta materia, se remite al régimen referente a los acuerdos de la Junta general, al declarar que la impugnación de los acuerdos del Consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración “se tramitará conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la Junta general”¹⁹⁴².

¹⁹⁴⁰ A tenor de lo previsto en el artículo 206.3 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 117.3 del TRLSA). Véase SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, ya cit., págs. 664-665; FRIGOLA RIERA, A., “El Consejo de Administración: la impugnación de los acuerdos del Consejo”, ya cit., págs. 1406-1410; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., *Los acuerdos del Consejo de administración. Especial referencia a su régimen de impugnación*, ya cit., págs. 317-319; ALCALÁ DÍAZ, M. A., *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de las Sociedades Anónimas*, ya cit., pág. 451; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *Impugnación de Acuerdos de las Juntas de Accionistas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, págs. 399-404, concretamente en la pág. 400 señala que a diferencia del antiguo artículo 70.5 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, la actual regulación, “antepone la designación voluntaria por la propia Sociedad. La razón de ser de esta previsión es clara, puesto que nadie puede litigar contra sí mismo, de manera que, de lo contrario, coincidiría la persona del demandante y el representante de la demandada, lo que, indefectiblemente, conduciría a una deficiente defensa de los intereses de la Sociedad demandada”.

¹⁹⁴¹ Según lo dispuesto en el artículo 487 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 333.3 del TRLSA). En virtud de este artículo el legislador español, al regular el Consejo de control para las SE que se domicilien en España, ha establecido que “la representación de la sociedad frente a los miembros de la Dirección corresponde al Consejo de control”.

¹⁹⁴² Así se establece en el artículo 251.2 (antiguo artículo 143.2 del TRLSA). En consecuencia, la impugnación de los acuerdos del Consejo de dirección, del Consejo de control, del Consejo de administración o de cualesquiera otros órganos colegiados (Comisión ejecutiva) de las SE que decidan establecerse en España, se tramitarán conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la Junta general de las sociedades anónimas nacionales. En relación tanto con la competencia, como con el procedimiento para la impugnación de los acuerdos de la Junta general, véase RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *Impugnación de Acuerdos de las Juntas de Accionistas*, ya cit., págs. 411-459.

La Ley 19/2005 no hace referencia a la posibilidad de que los miembros del Consejo de Control puedan impugnar los acuerdos de la Junta general. No obstante, según el sistema de fuentes recogido en el RESE¹⁹⁴³, será de aplicación, por analogía, lo previsto a estos efectos para los administradores de nuestras sociedades anónimas¹⁹⁴⁴ y por tanto, debe reconocerse al Consejo de control y a sus miembros legitimidad para impugnar los acuerdos nulos o anulables adoptados por la Junta general¹⁹⁴⁵.

¹⁹⁴³ A tenor de lo dispuesto en el artículo 9.1. c) ii) las SE se regirán, en las materias no reguladas por el RESE o reguladas sólo en parte, por las disposiciones específicas que adopten los Estados miembros para las SE y, en su defecto, por las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a las sociedades anónimas nacionales del Estado miembro en que la SE tenga su domicilio.

¹⁹⁴⁴ Véase el artículo 206 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 117 del TRLSA). Este artículo establece que los administradores de la sociedad estarán legitimados para impugnar los acuerdos de las Juntas que fueran nulos o anulables. En consecuencia, considero que en las SE que decidan establecerse en España y adoptar un sistema de administración dual estarán legitimados, para impugnar los acuerdos de las Juntas que fueran nulos o anulables, tanto los miembros del órgano de dirección como los miembros del órgano de control. Tal y como apunta RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *Impugnación de Acuerdos de las Juntas de Accionistas*, ya cit., págs. 345-346 “la razón de ser de la legitimación de los administradores se encuentra... en el deber que tienen los mismos de defender los intereses de la Sociedad, de manera que para el caso de que no actuasen en contra de los acuerdos sociales nulos ello podría desencadenar la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad... dentro del abanico de fundamentaciones expuestas..., deben primar el considerar que constituye un deber de los administradores velar por la actuación legal de la Sociedad, y también la responsabilidad en que tales administradores podrán incurrir por su negligencia”.

¹⁹⁴⁵ CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, ya cit., pág., 341.

CAPÍTULO QUINTO

LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

I. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001 (en adelante DITSE), complementa el estatuto de la SE en lo que respecta a la implicación de los trabajadores¹⁹⁴⁶, estableciendo las normas relativas a los derechos que corresponden a los trabajadores de la SE y, por consiguiente, las disposiciones de la Directiva constituyen un complemento indisociable al RESE y deben de aplicarse concomitantemente¹⁹⁴⁷, además la DITSE está destinada a garantizar que los trabajadores tengan el derecho de implicarse en las cuestiones y decisiones que afecten la vida de sus SE¹⁹⁴⁸.

¹⁹⁴⁶ El legislador ya no utiliza el término “participación” para dar forma a la intervención de los trabajadores en la SE, sino que utiliza un término más amplio como es el de “implicación”, donde tienen cabida los derechos de información, consulta y participación en sentido estricto, puesto que para el legislador comunitario el término participación es sinónimo de participación orgánica, lo que supone la presencia de los representantes de los trabajadores en los órganos de dirección de la SE o, cuanto menos, cierta influencia de éstos en la designación de los miembros de dichos órganos. En relación con este cambio terminológico, véase PÉREZ CAMPOS, A. I., “La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas: antecedentes y caracteres generales”, *Noticias de la Unión Europea*, número 287, diciembre 2008, pág. 28. En términos similares se expresa RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 380, donde señala que “es una directiva sobre la «implicación» de los trabajadores. Se trata de un concepto nuevo, definido por la propia directiva que engloba derechos de varia intensidad: desde el derecho a la información pasando por el derecho de información y consulta (conceptos, todos ellos, que son asimismo objeto de definición), hasta el derecho de participación, entendido éste como el derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse al nombramiento de miembros del órgano de administración o del órgano de control de la sociedad”, más adelante añade que “este concepto nuevo de «implicación» que viene a sustituir al más tradicional de participación y, desde luego, al más significativo ideológicamente de «democracia industrial»”

¹⁹⁴⁷ En efecto, el Considerando 19 del RESE dice, textualmente, que “la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el estatuto de la SE en lo que respecta a la implicación de los trabajadores establece las normas relativas a la participación de los trabajadores en la SE, y dichas disposiciones, por consiguiente, constituyen un complemento indisociable del presente Reglamento y deben aplicarse concomitantemente”.

Según recoge ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 233: “la disociación del régimen jurídico de la SE en dos instrumentos legislativos obedece más a razones de oportunidad política que a cuestiones de técnica jurídica, por lo que a efectos jurídicos es preciso considerarlos como un único texto”.

¹⁹⁴⁸ Así se recoge en el Considerando 21 del RESE. Respecto a otras cuestiones que puedan ser objeto de la legislación laboral o social y en particular por lo que se refiere a los derechos de información y consulta, este considerando se remite a lo establecido en las diversas legislaciones nacionales para sus sociedades anónimas, que serán de aplicación, en igualdad de condiciones, a las SE.

El RESE establece que no podrá registrarse ninguna SE salvo que se haya celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores¹⁹⁴⁹; en consecuencia la existencia de la SE está condicionada a la adopción de un sistema de implicación de los trabajadores¹⁹⁵⁰. La existencia de un acuerdo en este sentido deberá de constatarse antes de la inscripción registral y en los supuestos en que no conste un acuerdo de implicación de los trabajadores, se denegará la inscripción de la SE.

El hecho de que se haya regulado la cuestión relativa a la implicación de los trabajadores mediante una directiva obedece a que este instrumento jurídico es más flexible que el reglamento y, por tanto, tiene una mayor capacidad de adaptación, pudiendo salvaguardar mejor las diversas especialidades nacionales. Así, la DITSE ofrece soluciones diferentes en materia de implicación de los trabajadores en la SE, en función de las diversas formas de reglamentación existentes en los Estados miembros, regulando, tanto los derechos de información y consulta a nivel de establecimiento, empresa o grupo, como los de participación en los órganos sociales.

De esta manera lo que ha hecho el legislador comunitario es buscar un equilibrio entre los partidarios de asegurar una implicación de los trabajadores en la SE y aquellos contrarios a importar modelos nacionales ya existentes. Se buscan respuestas particulares para cada SE, teniendo en cuenta los poderes de intervención de los representantes de los trabajadores en el seno de las sociedades participantes con anterioridad a la constitución de la SE¹⁹⁵¹.

A pesar de que considero que el tratamiento de la materia relativa a la implicación de los trabajadores en la SE, a tenor de lo previsto en la DITSE, pertenece más al ámbito del Derecho laboral que al ámbito del Derecho mercantil, no puedo obviar el hecho de que una de las formas de implicación de los trabajadores en la SE puede consistir en la participación de éstos en los órganos de administración o control de la SE, bien sea de forma directa (cogestión), mediante el derecho de elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración (sistema monista) o de control (sistema dualista), o indirecta, mediante el derecho a recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o control, según el sistema de administración por el que la SE

¹⁹⁴⁹ Así se establece en el artículo 12.2 del RESE. Lo cierto es que desde los primeros proyectos de Estatuto de la SE siempre se ha contemplado la participación (implicación) de los trabajadores, Jaques Delors decía que «*pas de société européenne sans une certaine forme d'implication*». No obstante, el desacuerdo entre los Estados miembros en esta materia se centró en el grado de implicación que debía de establecerse, máxime teniendo en cuenta las divergencias existentes. Véase ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., págs. 233-234.

En opinión de VALDÉS DAL-RÉ, F., el hecho de condicionar el registro de la SE al previo establecimiento en ella de alguna forma de participación no hace sino traducir en el terreno normativo la idea de «*pas de société européenne sans une certaine forme de participation*». “La intervención de los trabajadores se configura, así pues, como un «complemento necesario» para la constitución de la SE”. Véase VALDÉS DAL-RÉ, F., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcia Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 1080.

¹⁹⁵⁰ El término implicación, según la definición del artículo 2. h) de la DITSE, hace referencia a los derechos de información, consulta, participación y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se tomen en la empresa. En consecuencia, el término implicación puede considerarse como un término genérico con el que se recogen los diversos sistemas mediante los cuales los trabajadores pueden involucrarse en los asuntos y en las decisiones de la SE.

¹⁹⁵¹ PÉREZ CAMPOS, A. I., “La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas: antecedentes y caracteres generales”, *Noticias de la Unión Europea*, ya cit., págs. 27-28.

haya optado, lo que, sin duda, incidirá en la temática objeto de esta Tesis doctoral, por lo que debo, aunque sea de forma sucinta, hacer referencia, tanto al contenido de la DITSE, como al de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas¹⁹⁵², mediante la cual el Estado español ha procedido a trasponer a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva relativa a la implicación de los trabajadores en la SE¹⁹⁵³.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La disciplina relativa a la participación de los trabajadores en la SE ha sido, junto con la relativa a los órganos de administración, una de las materias más controvertidas a lo largo del proceso de gestación de la SE.

Las profundas divergencias existentes entre los sistemas de los diversos Estados miembros hacía difícil un consenso en la materia. Los países que contaban con un sistema que permitía a los trabajadores de las sociedades anónimas estar representados en el Consejo de administración (en los sistemas monistas) o en el Consejo de control (en los sistemas dualistas), como era el caso de Alemania¹⁹⁵⁴, no estaban dispuestos a admitir otro sistema de

¹⁹⁵² Publicada en el BOE de 19 de octubre de 2006, número 250 y que entro en vigor, a tenor de lo dispuesto en su disposición final sexta, al día siguiente de su publicación en dicho texto. Mediante esta ley se ha procedido a trasponer al ordenamiento jurídico español la DITSE; aunque, la trasposición se ha efectuado fuera de plazo, puesto que a tenor de lo previsto en el artículo 14.1 de la DITSE, los Estados miembros debían de adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva a más tardar el 8 de octubre de 2004.

¹⁹⁵³ Reiterando lo ya dicho en el pie de pág. precedente, debo hacer notar que el Estado español no ha traspuesto la Directiva en plazo, puesto que, según lo preceptuado en el artículo 14.1 de la DITSE, los Estados miembros debían de adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva a más tardar el 8 de octubre de 2004. El legislador comunitario, al fijar una fecha tope para la transposición de la DITSE a los ordenamientos jurídicos nacionales, está tratando de obviar los problemas que se suscitarían en el supuesto de que la Ley nacional, a la que estuviera principalmente vinculada una empresa afectada por la DITSE (la del país en que está o estará situado el domicilio social de la SE), entrase en vigor en un momento en el que no existiese ninguna Ley nacional de transposición en otros Estados miembros en los que estuvieran situadas las sociedades participantes, sus filiales o establecimientos. En este supuesto, dada la falta de disposiciones nacionales de transposición, las sociedades participantes, que se encontraran en tal situación, se verían en la imposibilidad de proseguir el proceso previsto en la DITSE y, por tanto, no podría inscribirse la SE.

Para un examen más amplio de las consecuencias derivadas de una posible falta de transposición de la DITSE, de una transposición incompleta o, de una transposición tardía puede consultarse: VASQUEZ, F., “La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 935-944. En el mismo sentido, véase PÉREZ CAMPOS, A. I., “Marco general del sistema de implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas”, *La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 47-50.

¹⁹⁵⁴ Los antecedentes del sistema alemán los encontramos en la Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919, cuyo artículo 165, párrafo primero decía: “los obreros y empleados serán llamados a colaborar, al lado de los patronos y con igualdad de derechos, en la reglamentación de las condiciones de la retribución y el trabajo, así como en todo el desenvolvimiento económico de las fuerzas productivas. Quedan reconocidas las agrupaciones de ambas clases y sus federaciones”. También, en el citado artículo 165, se reconocía a los trabajadores y empleados, para la realización de sus intereses sociales y económicos, el derecho a estar representados en lo que podemos denominar Comités de empresa (*Betriebsrat*) de distrito y nacionales y la posibilidad de reunirse con las representaciones de empresarios para colaborar en la realización de las leyes de socialización. Así, el 4 de febrero de 1920 se publicó una Ley en cuyo artículo 70 se establecía que en las empresas con *Aufsichtsrat* (Consejo de vigilancia) uno o dos miembros del Comité de empresa formaran parte del mismo “para representar los criterios y exigencias de los trabajadores, así como sus opiniones y deseos respecto de la organización del «Betrieb». Dichos representantes tendrán voz y voto en todas las decisiones del *Aufsichtsrat* aunque no recibirán ninguna remuneración sino una indemnización por

implicación, entre otros motivos, por el peligro de deslocalización que esto podía implicar, ya que a una empresa alemana que quisiera obviar el sistema alemán de participación de los trabajadores, le bastaba con constituirse como SE y fijar su domicilio en otro país comunitario que no estableciera dicho sistema de implicación¹⁹⁵⁵. Por otro lado, los países que eran ajenos a cualquier sistema de participación mostraban su recelo a aceptar un sistema extraño a sus tradiciones jurídicas, también los empresarios se oponían a la participación de los trabajadores en los órganos de gestión e incluso los sindicatos manifestaban cierta desconfianza.

No es lo mismo tener a los representantes de los trabajadores en el Consejo de administración (en los sistemas monistas) o en el Consejo de control (en los sistemas dualistas) compartiendo orientación estratégica y supervisión que, únicamente, en un órgano separado de exclusiva composición laboral con funciones de información y consulta (del tipo de un Comité de empresa)¹⁹⁵⁶.

La disparidad existente entre los diversos Estados miembros motivó que las negociaciones se demorasen durante más de treinta años, siendo la cuestión de implicación de los trabajadores en los órganos sociales una de las más difíciles de resolver, hasta el punto que durante mucho tiempo se consideró un obstáculo insalvable, en la medida en que el problema que se debía abordar pretendía determinar un sistema de implicación de los

gastos. Estarán obligados a guardar secreto sobre las declaraciones que les fueran confiadas”. En aplicación de este artículo se dictó la Ley de 15 de febrero de 1992. En consecuencia, podemos decir que las leyes de los años 1920-1922 acogen de forma institucional, por primera vez, la representación de intereses extraños a la sociedad en uno de sus órganos, el *Aufsichtsrat*. Ahora bien, dada la situación de franca minoría en la que se encontraban los trabajadores, podemos decir que sus funciones quedaban prácticamente reducidas a la información y consulta; en decisiones político-económicas quedaban excluidos, bien por falta de información y conocimientos adecuados, bien porque aquéllas se toman en Comités especiales de los que no forman parte; cabe sin embargo destacar, que en cuestiones de personal se considera positiva y real la influencia de los miembros de los representantes de los trabajadores, por la posibilidad de entrar en contacto directo con el Presidente del *Aufsichtsrat*. La Ley sobre ordenación del trabajo nacional de 20 de enero de 1934 deroga las Leyes de 1920 y 1922 que regulaban la delegación de miembros del Comité de empresa en el *Aufsichtsrat*, desapareciendo, por tanto, del *Aufsichtsrat* los representantes de los trabajadores. Después de la Segunda Guerra Mundial nos encontramos con dos leyes de cogestión; la Ley de 11 de octubre de 1952 (llamada de cogestión simple o minoritaria), que constituye el régimen general y que atribuye a los representantes de los trabajadores un tercio de los puestos del Consejo de vigilancia, y la Ley de 21 de mayo de 1951 (llamada de cogestión cualificada o paritaria) que se aplicaba a las empresas de más de mil trabajadores del sector del carbón, del hierro y del acero, ley que fue complementada por la de 7 de agosto de 1956 para las empresas dominantes sobre empresas sujetas a la Ley de 1951. El 8 de mayo de 1976 se publicó la Ley de cogestión de 4 de mayo de 1976, que entró en vigor el 1 de julio de 1976, instaurándose el régimen de cogestión mediante la composición paritaria del *Aufsichtsrat*, aunque debe de advertirse que paridad numérica no implica automáticamente paridad de posición entre las partes en el órgano, puesto que, la propia ley establece una serie de «correctivos» en punto a la elección del Presidente del *Aufsichtsrat* y su doble voto, que finalmente otorgan en el ámbito de las decisiones que corresponden al *Aufsichtsrat* una posición de predominio al sector de los representantes provenientes del capital. Véase ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las Sociedades Anónimas. Derecho Europeo y Reforma del Derecho Español*, ya cit., págs. 191-193, 195, 203, 281, 309; GARCIN, W., *Cogestión y participación en las empresas de los países del Mercado Común (legislación y estudios comparados)*, ICE, Madrid 1970, págs. 59-75, además, en el texto indicado se recoge la Ley de 11 de octubre de 1952 (págs. 103-130), la Ley de 21 de mayo de 1951 (págs. 131-136) y la Ley 7 de agosto de 1956 (págs. 137-143).

¹⁹⁵⁵ En este sentido VASQUEZ, F., “La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva”, ya cit., págs. 918-919, señala que “el estatuto de la SE es molesto en lo referente a la cuestión de la participación de los trabajadores en la medida en que su utilización por una sociedad implica una especie de «deslocalización jurídica»; las sociedades anónimas de Derecho nacional que decidan incorporarse como SE escapan por este mero hecho, al menos en el caso de las SE constituidas mediante fusión y transformación, a las normas nacionales que les eran aplicables, en particular a las relativas a la participación de los trabajadores”.

¹⁹⁵⁶ ESTEBAN VELASCO, G., “La implicación de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea en la Ley 31/2006 de trasposición de la Directiva europea”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 105, enero-marzo 2007, págs. 181 y 182.

trabajadores que se aplicase a cualquier SE, que salvaguardase los sistemas nacionales existentes¹⁹⁵⁷.

Tampoco ayudaba la armonización de las legislaciones nacionales sobre esta materia, ya que todas las iniciativas que conllevaran una participación de los trabajadores en los órganos sociales quedaban sistemáticamente bloqueadas¹⁹⁵⁸.

El Proyecto de estatuto de SE de 1970¹⁹⁵⁹ dedicaba el Título V a regular los derechos de los trabajadores en la SE¹⁹⁶⁰. Dicho título se dividía en cuatro secciones, la primera sección regulaba el Comité de empresa¹⁹⁶¹, la segunda el Comité de empresa de grupo¹⁹⁶², la tercera se ocupaba de la participación de los trabajadores en el Consejo de vigilancia¹⁹⁶³ y la cuarta hacía referencia a los convenios colectivos¹⁹⁶⁴.

¹⁹⁵⁷ PÉREZ CAMPOS, A. I., “La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas: antecedentes y caracteres generales”, ya cit., pág. 25.

¹⁹⁵⁸ Así sucedió con la propuesta inicial de la Quinta Directiva sobre estructura y órganos de la sociedad anónima (1972).

¹⁹⁵⁹ Se recogían en un único texto las normas relativas a la SE y a la participación de los trabajadores, además los redactores de este proyecto se inspiraron en la Ley de cogestión empresarial alemana de 1952. El artículo 137.1 del Proyecto de estatuto de SE de 1970, preveía la participación de los trabajadores en el Consejo de vigilancia en proporción de un tercio frente a los dos tercios que correspondían a los representantes de los accionistas, pudiendo los estatutos fijar un porcentaje superior de representantes de los trabajadores.

¹⁹⁶⁰ Véase, en relación con esta materia, PÉREZ ESCOLAR, R., *La Sociedad Anónima Europea*, ya cit., págs. 131-151; ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las Sociedades Anónimas. Derecho Europeo y Reforma del Derecho Español*, ya cit., págs. 432-443.

¹⁹⁶¹ En efecto, los artículos 100 a 129 se ocupaban de regular el Comité de empresa europeo que debía de constituirse en toda SE que tuviera establecimientos en varios Estados miembros (artículo 100); a la composición y elección de los miembros de dicho órgano se dedicaban los artículos 103 a 106; el Comité de empresa europeo se elegía por un plazo de 3 años (artículo 107.1), ocupándose los artículos 108 a 110 de otras circunstancias que pudieran surgir en relación con dicho plazo (dimisión, expiración del plazo, imposibilidad temporal de uno de sus miembros, etc.); a su constitución, régimen interno, derechos y garantías de sus miembros, deber de secreto, gastos de funcionamiento, asistencia de expertos, obligación de informar regularmente a los demás trabajadores se dedican los artículos 111 a 118; sus funciones y competencias, régimen de las reuniones con el directorio, derechos de información, su intervención en relación con determinadas decisiones del directorio venían regulados en los artículos 119 a 127; finalmente, los artículos 128 y 129 se ocupaban de regular los procedimientos de arbitraje en orden a solucionar los conflictos que pudieran surgir entre el Comité de empresa europeo y el directorio de la SE. Según señala PÉREZ ESCOLAR, R., “El Estatuto de la Sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 643, “este Comité ha de constituirse en las SE que tengan establecimientos en los distintos Estados miembros. No obstante, subsisten los órganos normales de representación laboral de los diversos establecimientos, con las atribuciones y facultades conferidos en cada una de las legislaciones nacionales”.

¹⁹⁶² Las disposiciones relativas al Comité de empresa de grupo se recogían en los artículos 130 a 136, donde se regulaba: cuándo debía de constituirse dicho órgano, la forma de elección de sus miembros, reglas de funcionamiento, competencias, procedimientos de arbitraje. Tal y como recoge PÉREZ ESCOLAR, R., “El Estatuto de la Sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 645, “cuando se trate de una SE dominante de un grupo de empresas, puede, facultativamente constituirse un Comité de empresas de grupo, respetando la existencia de los Comités de empresa ya existentes”.

¹⁹⁶³ El Proyecto de estatuto de SE de 1970 dedicaba los artículos 137 a 145 a regular la representación de los trabajadores en el Consejo de vigilancia. Como ya he indicado en párrafos precedentes se establecía en un tercio la participación de los trabajadores frente a los dos tercios que correspondían a los representantes de los accionistas, pudiendo los estatutos fijar un porcentaje superior de representantes de los trabajadores (artículo 137.1). Se recogía la posibilidad de que no hubiera representación de los trabajadores, si así se decidía por un porcentaje de trabajadores que supusiera, al menos, los dos tercios, aunque tal decisión sólo podía adoptarse una vez durante el mandato del Consejo de vigilancia (artículo 138). Por lo demás, se regulaba quienes serían los electores y los elegibles, el procedimiento a seguir para la elección, la duración del mandato de los elegidos, los derechos y obligaciones de los mismos en el Consejo de vigilancia, la protección y garantías que se les reconocen (artículos 139 a 145). PÉREZ ESCOLAR, R., “El Estatuto de la Sociedad anónima europea”, ya cit., págs. 645-646, considera que “fiel a la trayectoria jurídica de postguerra en los países germánicos, el estatuto prescribe un doble origen al Consejo de vigilancia de la sociedad. No sólo los accionistas, constituidos en Junta general, nombran a los consejeros, sino que también la fracción laboral de la empresa, mediante los órganos de representación nacional del establecimiento, eligen a sus respectivos

El Proyecto de estatuto de SE de 1975¹⁹⁶⁵ también recogía en el mismo texto las disposiciones relativas a la SE y a la participación de los trabajadores e igualmente, el Título V se destinaba a regular la representación de los trabajadores en la SE; dicho título se dividía, también, en cuatro secciones dedicadas a los mismos contenidos que su predecesor, además, añadía cuatro anexos. El anexo I hacía referencia a los órganos nacionales de representación de los trabajadores, previstos en el párrafo 1 del artículo 102 del Reglamento¹⁹⁶⁶, el anexo II recogía las normas sobre la elección de los miembros del Comité europeo de empresa, el anexo III contenía las reglas relativas a la elección de los representantes de los trabajadores en el Consejo de vigilancia y el anexo IV hacía referencia a las sanciones en caso de infracción del estatuto. Así pues, este proyecto de estatuto no incorporó grandes novedades, en relación con su antecesor de 1970, salvo la inclusión del régimen de cooptación holandés¹⁹⁶⁷.

En los Proyectos de estatuto de SE de 1989 y 1991, la disciplina relativa a la participación de los trabajadores en la SE se regula aparte mediante una Directiva de aplicación conjunta con el Reglamento y se flexibiliza su contenido separándose del modelo alemán de cogestión inspirador de los anteriores proyectos.

Se proponían tres modelos de implicación de los trabajadores a elección de los Estados miembros y, llegado el caso, de las sociedades que desearan constituirse en SE: un modelo de participación “clásico”, un modelo denominado de “órgano distinto” basado fundamentalmente en la información y en la consulta y, un modelo indefinido que sería el resultado de una negociación entre las partes afectadas¹⁹⁶⁸. Esta iniciativa tampoco consiguió contentar a todos los Estados miembros; es más, los países (con Alemania a la cabeza) que contaban en sus legislaciones con un sistema de participación mostraron su total oposición, por lo que continuó el bloqueo.

Con la aprobación en 1994 de la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre de 1994¹⁹⁶⁹, por la que se reguló el llamado Comité de empresa europeo¹⁹⁷⁰, se empezó a

mandatarios. La novedad en el Proyecto radica en la elevada intervención del trabajo en este alto organismo: un signatario laboral por cada dos designados por la Asamblea general, pudiendo, además, los estatutos fijar un número más elevado de tales representantes”.

¹⁹⁶⁴ De la regulación de las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores de la SE, mediante el establecimiento de un convenio colectivo, se ocupaba el artículo 146 y de los efectos de dicho convenio el artículo 147. En relación con los Convenios colectivos PÉREZ ESCOLAR, R., “El Estatuto de la Sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 646, señala que “estos son exclusivamente concertados por el Sindicato correspondiente y la SE. Las condiciones de trabajo contenidas en el Convenio se aplican directa y obligatoriamente a todos los trabajadores de la sociedad miembros del Sindicato”.

¹⁹⁶⁵ En esta propuesta la Comisión, siguiendo los criterios y propuestas del Parlamento Europeo, introduce cambios significativos en lo concerniente a la participación en los órganos sociales. El modelo propuesto es un modelo uniforme y obligatorio de composición paritaria tripartita del Consejo de vigilancia. El artículo 74.a) establece que el Consejo de vigilancia estará compuesto en un tercio por representantes de los accionistas, en otro tercio por representantes de los trabajadores y en otro tercio por miembros cooptados por esos dos grupos. ESTEBAN VELASCO, G., “Participación de los trabajadores en la sociedad europea. ¿Más cerca de un compromiso político?”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pág. 1688.

¹⁹⁶⁶ Lo cierto es que el artículo 102.1 establecía: “en el anexo I del presente Estatuto, se enumeran los órganos de representación de los trabajadores existentes en los distintos Estados miembros, a los que se refieren las disposiciones de este título”.

¹⁹⁶⁷ Véase ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 252.

¹⁹⁶⁸ VASQUEZ, F., “La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva”, ya cit., pág. 921.

¹⁹⁶⁹ Esta Directiva fue traspuesta a nuestro Derecho nacional mediante la Ley 10/1997 de 24 de abril. Tal y como señalan MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y*

allanar el terreno y se dio nuevo impulso a las negociaciones. En efecto, el eje central de esta Directiva lo constituía la negociación entre las partes afectadas, si bien en materia de implicación de los trabajadores no iba más allá de promover dispositivos de información y consulta, obviando cualquier otra forma de implicación que no fuera la mera información y consulta en el seno de un Comité de empresa, pero la Comisión, en su “Comunicación sobre información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea”¹⁹⁷¹, proponía la aplicación a las SE (sin consideraciones de umbrales) de las disposiciones de la Directiva, por considerar que las disposiciones que contenía constituían un denominador común, en materia de implicación de los trabajadores, entre todos los Estados miembros.

Esta iniciativa sirvió, a pesar de que los países que contaban en sus legislaciones nacionales con sistemas de participación manifestaron sus reservas al respecto, para dar un nuevo impulso a las negociaciones.

En noviembre de 1996, a impulsos de la Comisión, se constituyó el denominado “Grupo *Davignon*”. Este grupo, teniendo en cuenta la experiencia adquirida con la Directiva sobre el Comité de empresa europeo, en el informe que presentó en mayo de 1997 abogaba por una solución negociada entre las partes afectadas y sólo en el supuesto de que no se llegara a ningún acuerdo serían de aplicación unas “medidas de referencia”, tanto en lo relativo a “información y consulta” (similares a las contenidas en la Directiva sobre el Comité Europeo), como a “participación” (la normativa sobre participación trataba de sacar la media comunitaria de los sistemas nacionales)¹⁹⁷².

Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 67-68, la adopción de la Directiva 94/45/CE “marcó un hito en el devenir de la Europa social, con una norma de extraordinaria importancia en el ámbito de la mejora de los instrumentos de implicación de los trabajadores en la empresa. Esta experiencia –asentada por la preferencia de la vía de la negociación colectiva– ayudó también a hacer avanzar el proceso relativo a la SE, al permitir proyectar sobre ella técnicas ya ensayadas en la organización de las fórmulas de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos transnacionales”.

¹⁹⁷⁰ La Directiva 94/45/CE estaba dirigida a las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria, considerando como tales a las empresas o grupos que empleen, en el conjunto de dos o más Estados miembros, a un mínimo de 1000 trabajadores, siempre que, además, cumplan el requisito de emplear, en dos o más Estados, a un mínimo de 150 trabajadores en cada uno de ellos. Obviamente, el paralelismo con la SE resultaba notable.

¹⁹⁷¹ COM (1995) 547 final, Boletín 1995/11. Según recoge ESTEBAN VELASCO, G., “Participación de los trabajadores en la sociedad europea. ¿Más cerca de un compromiso político?”, ya cit., pág. 1690, ésta Comunicación de la Comisión en materia de información y consulta “reconociendo la complejidad y la índole sensible del tema, contempla con carácter general las opciones para salir de la situación de bloqueo en el resto de los campos implicados por la participación de los trabajadores y descartando seguir con interminables negociaciones sobre las propuestas en debate al final abortadas por el tema de los trabajadores, sugiere trabajar en líneas complementarias: a) aprobación de un instrumento comunitario para información y consulta para las empresas de ámbito nacional y b) actuación inmediata sobre las propuestas sobre formas de empresa comunitaria, empezando como la SE, en el sentido básicamente de extender a la SE la mencionada Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo”.

¹⁹⁷² Según recoge VASQUEZ, F. en “La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva”, ya cit., pág. 924: “en realidad, no fue hasta después de la publicación del Informe *Davignon* y basándose en el enfoque innovador propuesto en el mismo, cuando se estableció por primera vez un verdadero diálogo entre los Estados miembros. Anteriormente, el debate en el Consejo sobre el tema de la participación de los trabajadores e la SE seguía siendo un monólogo o un diálogo de sordos debido a la falta de puntos de encuentro entre las posiciones de unos y otros”. En opinión de PÉREZ CAMPOS, A. I., “Marco general del sistema de implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas”, *La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 30, “... supuso un avance decisivo en el allanamiento de los obstáculos al proponer una organización de los derechos de representación de los trabajadores en la nueva sociedad europea basada prioritariamente en la negociación colectiva articulada sobre un principio de conservación de los derechos adquiridos –el llamado principio antes/después– que garantiza el mantenimiento por los trabajadores de sus derechos de representación o participación obtenidos antes de la constitución de la sociedad europea sin obligar a sus fundadores a establecer tras esa constitución, sistemas de participación en la

Sin duda el Informe *Davignon* supuso un avance importante, pero no pudo conseguir el desbloqueo total y no será hasta finales de 1998, durante la presidencia británica, cuando se alcance un principio de acuerdo en base a la fórmula “antes-después”. Se logró el consenso de catorce Estados miembros, pero España seguía oponiéndose¹⁹⁷³. Hubo que esperar al Consejo Europeo de Niza, celebrado del 7 a 9 de diciembre de 2000, para alcanzar una solución de compromiso¹⁹⁷⁴ y satisfacer las exigencias españolas, lo que se consiguió mediante la inclusión de la cláusula “*opting-out*”, en virtud de la cual los Estados miembros podían reservarse la posibilidad de no incluir en sus ordenamientos nacionales determinadas disposiciones de referencia sobre participación en los casos de constitución de una SE por fusión¹⁹⁷⁵.

Tal y como ya he indicado anteriormente, las disposiciones de la DITSE constituyen un complemento indisociable al RESE y deben de aplicarse concomitantemente con éste; en consecuencia, su proceso evolutivo ha estado unido al proceso histórico de la creación de la SE, por lo que en aras a la brevedad, me remito, para un mayor conocimiento de las vicisitudes y dificultades acaecidas hasta la finalización del proceso que culminó con la aprobación de la DITSE el 8 de octubre de 2001, al contenido del Capítulo primero de esta Tesis doctoral, relativo a la gestación de la SE.

III. LA DIRECTIVA 2001/86/CE, DEL CONSEJO, DE 8 DE OCTUBRE DE 2001, POR LA QUE SE COMPLEMENTA EL ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA EN LO QUE SE REFIERE A LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES: ESTRUCTURA NORMATIVA

Las divergencias existentes entre los Estados miembros en esta materia, que motivaron los constantes bloqueos a la aprobación de la Directiva, se constatan, en cierta forma, en el preámbulo mismo de la Directiva donde se recoge que: “para fomentar los objetivos sociales de la Comunidad deben fijarse disposiciones especiales, sobre todo en el ámbito de la implicación de los trabajadores, encaminadas a garantizar que el establecimiento de la SE no suponga la desaparición ni la reducción de las prácticas existentes de implicación de los trabajadores en las empresas que participen en la creación de las SE...”¹⁹⁷⁶. A mayor abundamiento, también en el preámbulo, se especifica que: “la

gestión más favorables que aquellos anteriores, aunque sí a respetar éstos”. Para más información sobre el análisis y a las recomendaciones del Grupo *Davignon* puede consultarse ESTEBAN VELASCO, G., “Participación de los trabajadores en la sociedad europea. ¿Más cerca de un compromiso político?”, ya cit., págs. 1691-1692.

¹⁹⁷³ España consideraba que era inaceptable que una minoría de trabajadores impusiera su sistema de participación a la totalidad. MENJUCQ, M., “La société Européenne (règlement CE n° 2157/2001 et directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001), ya cit., pág. 228.

¹⁹⁷⁴ En cuanto a los principios inspiradores de esta solución de compromiso, véase ESTEBAN VELASCO, G., “La implicación de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea en la Ley 31/2006 de trasposición de la Directiva europea”, ya cit., págs. 182-183. Según este autor el compromiso que se adquirió “obedece, a una política de mínimos con fines defensivos (evitación de reducciones, fugas o fraudes a los derechos adquiridos de los trabajadores) bien alejada de la política promocional de la cogestión de los años setenta del siglo pasado”.

¹⁹⁷⁵ Según la habilitación conferida a los Estados miembros por el artículo 7.3 de la DITSE, éstos podrán establecer en sus legislaciones nacionales una cláusula de descuelgue en cuyo caso, tal y como indica VALDÉS DAL-RÉ, F., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)”, ya cit., pág. 1105, “entran en juego una serie de medidas limitativas para la elección por parte de las sociedades participantes, como sede social de la SE, la del país que ha acordado acogerse a dicha cláusula”.

¹⁹⁷⁶ Así se recoge en el Considerando 3 de la DITSE. En consecuencia, podemos decir que es clara la intencionalidad de la Directiva que se muestra fiel al principio antes-después y, por tanto, para configurar los derechos de implicación de los trabajadores en la SE parte de los ya ostentados con anterioridad a la constitución de la misma. En opinión de ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el*

gran diversidad de normas y de prácticas existentes en los Estados miembros respecto de la forma en que los representantes de los trabajadores están implicados en las decisiones de las empresas no aconseja que se establezca un modelo europeo único de implicación de los trabajadores en la SE¹⁹⁷⁷.

No debe olvidarse que las fórmulas de participación de los trabajadores en la empresa acusan un significado multiforme, en el sentido de que cada modelo de participación es el resultado de un proceso histórico complejo que ha tenido lugar en un marco definido, en el que pesan decisivamente las tradiciones de cada realidad histórica¹⁹⁷⁸.

No resulta fácil renunciar a las propias tradiciones en una materia tan sensible como las relaciones industriales y es explicable que los Estados miembros (influidos por las preocupaciones y temores de distinto signo de las fuerzas empresariales y sindicales instaladas más en la cultura de la distancia y el conflicto que de la cooperación) se resistan a incorporar una estructura o exigencias de procedimentalización en la adopción de las decisiones empresariales que no encaje en el conjunto de su sistema. Nos parece que se simplifica el enfoque de esta cuestión cuando se dice que estamos ante una cuestión puramente política planteada por la cogestión alemana y que desde un punto de vista jurídico societario no habría mayores problemas para encontrar una salida, pues con ello se ignora que en una perspectiva comparada de *lege lata* algunos ordenamientos (y no sólo el alemán) han incorporado esta opción en sus vigentes Derechos de sociedades de capital de forma tan legítima como la contraria que no cuenta con ella. No se puede desconocer, por tanto, que algunos ordenamientos han optado por una “solución societaria” (y no meramente “laboral”) a determinados aspectos de la implicación de los trabajadores. Por ello, partiendo, como es insoslayable, de la realidad actual es una inevitable cuestión político-jurídica que tiene que resolverse con alguna transacción y los correspondientes costes para unos y para otros¹⁹⁷⁹.

En consecuencia, la DITSE no opta por un modelo o solución uniforme, sino que recoge un modelo en el que, primordialmente, destaca la autonomía negociadora de las partes implicadas, eso sí, con ciertos límites, puesto que, en virtud del principio antes-después, se limita esa autonomía, tal y como expondré más adelante¹⁹⁸⁰.

Se puede decir, por tanto, que la Directiva es más una norma de procedimiento que un modelo único. Sin duda se definen elementos tan importantes como el mismo

Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores, ya cit., pág. 235, “la Directiva se erige como una garantía del respeto de los derechos de los trabajadores implicados en el proceso de constitución de la SE”.

¹⁹⁷⁷ Tal es el tenor literal del Considerando 5 de la DITSE, que expresa la preferencia que este instrumento normativo muestra por el acuerdo negociado entre las partes, para la determinación del sistema de implicación de los trabajadores en la SE. En este sentido ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 237, señalan que “no cabe sino alabar la prioridad de que dota la Directiva a la autonomía negociadora de las partes, que se sitúa en el centro del sistema, garantizando siempre la elección representativa y paritaria de las partes, desplegando así su carácter tuitivo propio de la legislación laboral”.

¹⁹⁷⁸ MERCADER UGUINA, J., “Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 57, 2005, pág. 285.

¹⁹⁷⁹ ESTEBAN VELASCO, G., “Participación de los trabajadores en la sociedad europea. ¿Más cerca de un compromiso político?”, ya cit., págs. 1680-1681.

¹⁹⁸⁰ Tres son los principios que definen la intencionalidad de la DITSE: 1. El principio antes-después; 2. La primacía que otorga al acuerdo negociado entre las partes afectadas; 3. La actuación subsidiaria de la misma norma comunitaria, estableciendo disposiciones de referencia para los supuestos en los que no haya acuerdo. Véase PÉREZ CAMPOS, A. I., “Marco general del sistema de implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas”, ya cit., pág. 37.

procedimiento de negociación previsto, el contenido de los acuerdos, la actuación a seguir en caso de inexistencia de acuerdo, etc. Sin embargo, al final, la Directiva no apoya normativamente ningún modelo sino que deja autonomía a cada situación empresarial para abordar esta cuestión¹⁹⁸¹.

A pesar de que, previamente a la constitución de una SE, debe de adoptarse obligatoriamente un sistema de implicación de los trabajadores¹⁹⁸², lo cierto es que la solución que finalmente se recoge en la DITSE dista mucho de la propuestas contenidas en los primeros Proyectos de 1970 y 1975 y presenta una propuesta minimalista y pragmática, se aleja del fundamento que proporcionaba el viejo principio ideológico de la democratización de las relaciones industriales y se limita a poner en práctica la llamada dimensión social de la UE¹⁹⁸³.

En síntesis, la DITSE consta de tres secciones, la sección I especifica su objeto¹⁹⁸⁴ y recoge una serie de definiciones¹⁹⁸⁵; la sección II hace referencia al procedimiento de negociación¹⁹⁸⁶; la sección III recoge disposiciones varias¹⁹⁸⁷; finalmente, contiene un Anexo relativo a las disposiciones de referencia¹⁹⁸⁸. Este anexo tiene tres partes, la primera relativa a la composición del órgano de representación de los trabajadores, la segunda se

¹⁹⁸¹ ROCA JUNYENT, M. y NAVALES, C., *La Sociedad Anónima Europea. Crónica de un largo camino*, ya cit., pág. 116.

¹⁹⁸² De todos es conocido que “no hay SE sin implicación”. Ahora bien, este principio tiene una doble cobertura normativa. De un lado, el RESE califica a la DITSE y a los derechos de implicación que la misma regula como complemento indispensable de la propia SE. De otro, el artículo 1.2 de la DITSE dispone que “a tal fin se establecerán disposiciones sobre la implicación de los trabajadores en cada SE...”. VALDÉS DALRÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 29, 2007-2, pág. 209.

¹⁹⁸³ ESTEBAN VELASCO, G., “Participación de los trabajadores en la sociedad europea. ¿Más cerca de un compromiso político?”, ya cit., pág. 1681. Además, este autor, en las págs. 1681-1682, recoge: “en el proceso de construcción de la dimensión social de la empresa se ha ido abandonando (salvo en las llamadas “reglas de referencia”) el modelo legislativo y garantista inspirado en el sistema alemán y se está avanzando de la mano del modelo de la autorregulación inspirado en el modelo anglosajón”.

¹⁹⁸⁴ En efecto, el artículo 1 fija el objeto de la DITSE, cuyo fin es garantizar la implicación de los trabajadores en las estructuras societarias con respeto a los derechos de los trabajadores implicados en la constitución de una SE. El apartado 2 de este artículo se ocupa de las modalidades de implicación e incluye además de la negociación, la aplicación, con carácter subsidiario, de las normas establecidas en el Anexo (disposiciones de referencia).

¹⁹⁸⁵ Las definiciones de los conceptos o instituciones más significativos de la DITSE se recogen en el artículo 2. En concreto contiene once definiciones relativas a: SE, sociedades participantes, filial, filial o establecimiento afectado, representantes de los trabajadores, órgano de representación, CN, implicación de los trabajadores, información, consulta y participación. De las definiciones de este artículo se desprende la existencia de tres modelos de implicación de los trabajadores: información, consulta y participación. Para una mayor información sobre esta materia puede consultarse VASQUEZ, F., “La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva”, ya cit., págs. 944-992.

¹⁹⁸⁶ Como ya he indicado anteriormente, la DITSE muestra su preferencia por el proceso de negociación, dedicando a dicho proceso los artículos 3 a 7. De la constitución de la CN se ocupa el artículo 3; del contenido del acuerdo, el artículo 4; de la duración de las negociaciones, el artículo 5; de la legislación aplicable al procedimiento de negociación, el artículo 6 y, finalmente, el artículo 7 regula, en determinados casos, la aplicación de las disposiciones de referencia.

¹⁹⁸⁷ De estas disposiciones varias se ocupan los artículos 8 a 17, que regulan diversos aspectos como: la reserva y confidencialidad (artículo 8), el funcionamiento del órgano de representación y de los representantes de los trabajadores en los procedimientos de información y consulta (artículo 9), la protección de los representantes de los trabajadores (artículo 10), el fraude de ley (artículo 11), el cumplimiento de la Directiva (artículo 12), la relación de la Directiva con otras disposiciones (artículo 13). El artículo 14 contiene dos disposiciones finales, el 15 hace referencia a la revisión de la DITSE por parte de la Comisión, el 16 a la entrada en vigor de la misma y, finalmente, el artículo 17 a los destinatarios.

¹⁹⁸⁸ Según lo previsto en el artículo 7 de la DITSE, los Estados miembros establecerán disposiciones de referencia sobre la implicación de los trabajadores, asimismo podrán prever que las disposiciones de referencia relativas a la participación no se apliquen a las SE constituidas mediante fusión que decidan establecerse en su territorio (artículo 7.3 en relación con la parte 3 del Anexo –cláusula “*opting-out*” –).

ocupa de las disposiciones de referencia sobre información y consulta y la tercera, de las disposiciones de referencia para la participación.

IV. LA LEY 31/2006, DE 18 DE OCTUBRE, SOBRE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS Y COOPERATIVAS EUROPEAS: ESTRUCTURA NORMATIVA

El legislador español, mediante la Ley 31/2006¹⁹⁸⁹, ha procedido a trasponer al ordenamiento jurídico español la DITSE¹⁹⁹⁰. En la Exposición de Motivos se recoge, expresamente, que: “la Directiva 2001/86/CE..., no resulta de aplicación a todas las empresas españolas, sino tan sólo a las sociedades anónimas europeas que tengan o vayan a tener su domicilio en España, así como a los centros de trabajo situados en España de las sociedades anónimas europeas que tengan su domicilio en otro Estado miembro”¹⁹⁹¹; además, se reconoce, que para la consecución de los objetivos pretendidos con su aprobación, así como para lograr su correcta integración en el sistema español de relaciones

¹⁹⁸⁹ Publicada en el BOE número 250, de 19 de octubre de 2006 y que entro en vigor, a tenor de lo dispuesto en su disposición final sexta, al día siguiente de su publicación en el BOE. El anteproyecto de esta Ley, con anterioridad a su remisión al Parlamento, fue objeto de discusión y negociación en el marco del diálogo social tripartito acordado en la declaración sobre «Competitividad, empleo estable y cohesión social» de julio de 2004, cuyos firmantes fueron, el Gobierno, las organizaciones sindicales (Unión General de Trabajadores –UGT– y Comisiones Obreras –CC OO–) y las organizaciones empresariales (Confederación Española de Organizaciones Empresariales –CEOE– y Confederación Española de Pequeñas y Medianas Empresas –CEPYME–). Asimismo, el Gobierno sometió el anteproyecto de Ley a las preceptivas consultas, entre otras a la del Consejo Económico y Social que en su dictamen de 18 de mayo de 2005, tras mostrarse favorable a la decisión del Gobierno tendente a consensuar el texto normativo con los agentes sociales y al hecho de que se hubieran incorporado algunas sugerencias o propuestas formuladas por ellos, concluye valorando «de forma positiva el proceso de trasposición efectuado, y entiende que el anteproyecto se adecua bastante fielmente a los términos de la Directiva en líneas generales, dejando a salvo no obstante las diferentes valoraciones de las organizaciones sindicales y empresariales» (el referido dictamen puede consultarse en la siguiente pág. web: <http://www.ces.es/dictamenes/2005/Dic032005.pdf>). Posteriormente, el 8 de junio de 2005 se aprobó el informe del Consejo General del Poder Judicial (el texto de este informe puede consultarse en la siguiente pág. web: <http://www.poderjudicial.es>) y meses más tarde el 27 de noviembre de 2005 se aprobó el informe del Consejo de Estado (el texto de dicho informe puede consultarse en la siguiente pág. web: http://www.boe.es/g/es/bases_datos/ce.php). Además, la Ley 31/2006 ha incorporado a su articulado medidas de carácter procesal y ha modificado la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. Véase VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., págs. 208-209; SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, *Sociedad Mercantil y Relación Laboral*, REY GUANTER (director), La Ley, Madrid, 2007, pág. 115.

¹⁹⁹⁰ La trasposición se ha efectuado fuera de plazo, puesto que, a tenor de lo previsto en el artículo 14.1 de la DITSE, los Estados miembros debían de adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva a más tardar el 8 de octubre de 2004, y el legislador español lo ha hecho con dos años de retraso. Lo mismo ha sucedido con la Ley 19/2005, de 10 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España que, siguiendo el mandato del artículo 68.1 del RESE, venía a adoptar las disposiciones pertinentes para garantizar la aplicación efectiva del mismo y que fue aprobada y entro en vigor once meses después de que lo hiciera el RESE. Tal y como señala VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 208, “la estrecha conexión existente entre el Reglamento que instituye y regula la SE y la Directiva que establece los derechos de implicación de los trabajadores de la SE o, por decirlo en otras palabras, la configuración de la ley de trasposición de la DITSE como «un complemento indispensable» de la ley sobre la SE domiciliada en España ha comportado un significativo efecto jurídico, cual es el de retrasar en dos años la posibilidad de constituir y registrar en España una *societas europaea*”.

¹⁹⁹¹ En efecto, el Exponendo II, párrafo cuarto, recoge textualmente: “Así, la Directiva 2001/86/CE es manifestación del principio de subsidiariedad en su forma más habitual, la vertical, porque, en el plano interno, no resulta de aplicación a todas las empresas españolas, sino tan sólo a las sociedades anónimas europeas que tengan o vayan a tener su domicilio en España, así como a los centros de trabajo situados en España de la sociedades anónimas europeas que tengan su domicilio en otro Estado miembro”.

laborales, se unen en su articulado la trasposición literal de determinados aspectos de la Directiva junto a la aparición de instituciones propias del Derecho laboral español¹⁹⁹².

En lo referente a su estructura, esta Ley contiene un Título preliminar sobre objeto y definiciones¹⁹⁹³; un Título I de disposiciones aplicables a las SE domiciliadas en España¹⁹⁹⁴ y que consta de tres Capítulos (el Capítulo I regula el procedimiento de negociación, el Capítulo II recoge las disposiciones subsidiarias en materia de implicación de los trabajadores en las SE, y el Capítulo III regula otras materias comunes a los anteriores capítulos); un Título II de disposiciones aplicables a los centros de trabajo y empresas filiales situados en España de las SE domiciliadas en cualquier otro Estado miembro¹⁹⁹⁵; un

¹⁹⁹² Ciertamente, en el Exponendo III, párrafo primero se dice textualmente: “Así como la Ley 19/2005, de 10 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, de la que esta es complemento inescindible, viene a garantizar la efectividad de las normas mercantiles de aplicación directa contenidas en el Reglamento (CE) n° 2157/2001, esta Ley persigue, como es habitual en cualquier trasposición de una directiva comunitaria, la consecución de los objetivos pretendidos con su aprobación, a la vez que su integración correcta en el sistema español de relaciones laborales. Para ello, se unen en su articulado la trasposición literal de determinados aspectos de la Directiva, junto a la aparición de instituciones propias del derecho laboral español”.

¹⁹⁹³ Puede considerarse, en cuanto al objeto, que el artículo 1.1, párrafo segundo viene a trasponer el conocido principio, que ha estado presente a lo largo del proceso de gestación de la SE, según el cual “no hay SE sin implicación” (*pas de société européenne sans une certain forme d’implication*); en efecto, este artículo dispone que “en cada SE se deberán establecer disposiciones sobre la implicación de los trabajadores, en los términos previstos en esta ley”. Tal y como señala PÉREZ CAMPOS, A. I., “Marco general del sistema de implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas”, ya cit., págs. 54-55, “de una lectura detenida, tanto de la Exposición de Motivos como de su concreto articulado, podría extraerse como primera aproximación que el objetivo de la ley, al igual que ocurre con su precedente comunitario, es el de garantizar de forma uniforme y general la implicación de los trabajadores en las estructuras societarias”; más adelante, añade que “el legislador español en lo relativo al objeto de la ley se limita básicamente a una mera reproducción del precepto comunitario correspondiente; las únicas variaciones están directamente relacionadas con las adaptaciones impuestas por la distinta naturaleza y el ámbito de ambos instrumentos”.

Por su parte, el artículo 2 contiene un catálogo de definiciones donde se incluye, además de los once conceptos recogidos en su homólogo de la DITSE, la relativa a lo que debe entenderse por Estado miembro, de acuerdo con lo preceptuado en nuestra Ley nacional se entenderá por Estados miembros “los Estados miembros de la Unión Europea, los Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que no sean miembros de la Unión Europea y cualquier otro Estado en el que resulten de aplicación el Reglamento (CE) n° 2157/2001 y la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores”.

¹⁹⁹⁴ Este Título I contiene los artículos 3 a 26 y según lo previsto en el artículo 3.1 las disposiciones contenidas en el mismo serán aplicables a las SE que tengan o vayan a tener su domicilio en España y a sus centros de trabajo y empresas filiales, así como a las sociedades participantes en la creación de la SE y a sus centros de trabajo y filiales, cualesquiera que sea el Estado miembro en el que se encuentren situados. Por su parte, el artículo 3.2 establece que la aplicación de las disposiciones del indicado Título I excluye las disposiciones de cualquier otro Estado miembro en que la SE o las sociedades participantes cuenten con centros de trabajo o empresas filiales, dejando a salvo los casos en que en el propio título exista una remisión expresa. En consecuencia, las normas que contiene se caracterizan de un lado por su extraterritorialidad, puesto que, se aplican no sólo en España sino, más ampliamente, en todos los Estados que integran la UE y de otro, por su aplicación excluyente de cualquier otra regulación. Véase VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 210. Tal y como señala SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 118, en referencia al Título I, “las reglas que en él se establecen se ajustan, en términos generales, a los artículos 3 a 6 de la DITSE y su esquema básico se resume en la constitución de un órgano denominado «Comisión Negociadora» que representa a los trabajadores de las sociedades participantes y de sus filiales y centros de trabajo afectados, cuya función es negociar con los órganos competentes de esas sociedades los derechos de implicación de los trabajadores. La regulación se proyecta sobre cuatro aspectos, siguiendo la senda marcada por la DITSE: el inicio del procedimiento, la Comisión Negociadora, el procedimiento de negociación y el acuerdo”.

¹⁹⁹⁵ El Título II contiene los artículos 27 a 32, ocupándose el artículo 27 de definir el ámbito de aplicación de las normas en él contenidas. Conforme a lo previsto en el mencionado artículo las disposiciones contenidas en el Título II serán aplicables exclusivamente a los centros de trabajo situados en España de las SE

Título III sobre procedimientos judiciales¹⁹⁹⁶; dos disposiciones adicionales¹⁹⁹⁷ y seis disposiciones finales¹⁹⁹⁸. La disposición final primera modifica el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y la disposición final segunda modifica la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

En cuanto a las características generales de esta Ley cabe destacar su complejidad técnica, en tanto en cuanto que la DITSE es un complemento indisociable del RESE y de ahí la complejidad que conlleva la transposición de esta Directiva teniendo en cuenta la relación que vincula a ambos instrumentos jurídicos.

La señalada complejidad se acentúa, además, a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional segunda que declara de aplicación lo previsto en esta Ley a la implicación de los trabajadores en las SCE y por tanto, traspone el contenido de la Directiva 2003/72/CE de 22 de julio, por la que se completa el estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores al ordenamiento jurídico español¹⁹⁹⁹.

El objetivo perseguido por la Ley 31/2006, al igual que sucede con la DITSE, es el de garantizar la implicación de los trabajadores en la SE²⁰⁰⁰, se erige en garantía del respeto a los derechos de los trabajadores implicados en el proceso de constitución de una SE. Se pretende crear una SE con su propio marco jurídico, con el fin de permitir a las sociedades constituidas en diferentes Estados miembros fusionarse, formar una sociedad *holding* o una filial común, evitando las obligaciones jurídicas y prácticas resultantes de los diversos y

y de sus empresas filiales o, en su caso, de las sociedades participantes en la constitución de la SE con domicilio social en cualquier Estado miembro.

¹⁹⁹⁶ Este Título III regula el derecho a la tutela judicial en el ámbito de la SE y contiene los artículos 33 a 38. A tenor de lo previsto en el artículo 33 la competencia funcional viene atribuida, con carácter general, a los órganos jurisdiccionales de orden social, con dos excepciones referentes a las pretensiones que versen sobre la impugnación de las sanciones administrativas, que competarán al orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, y sobre la posición y actuación de los trabajadores que participen en el órgano de decisión y control de la SE, que competarán al órgano jurisdiccional civil.

¹⁹⁹⁷ Mediante la disposición adicional primera de la ley se procede a trasponer todas y cada una de las previsiones mencionadas en el artículo 13 de la DITSE, ocupándose la disposición adicional segunda de regular la aplicación de esta ley a la implicación de los trabajadores en las SCE; efectivamente, en el punto 1 de la disposición adicional segunda se recoge: “lo dispuesto en esta ley será igualmente de aplicación a la implicación de los trabajadores en las sociedades cooperativas europeas (en lo sucesivo SCE), contempladas en el Reglamento (CE) nº 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al estatuto de la sociedad cooperativa europea, con las siguientes particularidades...”

¹⁹⁹⁸ La Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, ha venido a modificar la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, según lo establecido en la disposición final primera, y la Ley 31/95, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, a tenor de lo previsto en la disposición final segunda. Por lo demás, la disposición final tercera hace referencia a la incorporación al Derecho español de las Directivas sobre implicación de los derechos de los trabajadores en las SE y SCE, la disposición final cuarta recoge el fundamento constitucional, la disposición final quinta autoriza al Gobierno a fin de que dicte cuantas disposiciones fueran necesarias para la aplicación y desarrollo de la ley y, por último, la disposición final sexta se refiere a la entrada en vigor de la ley y determina que lo hará al día siguiente de su publicación en el BOE.

¹⁹⁹⁹ Véase de PÉREZ CAMPOS, A. I., “Marco general del sistema de implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas”, *La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 52.

²⁰⁰⁰ En efecto, el artículo 1 del título preliminar dice que: “esta Ley tiene por objeto regular la implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea (en lo sucesivo SE) regulada por el Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE). A tal fin, en cada SE se deberán establecer disposiciones sobre la implicación de los trabajadores, en los términos previstos en esta Ley”.

De esta forma, se incorpora a nuestra legislación el conocido principio *pas de spciété européenne sans une certain forme d'implication*, principio que ha estado presente a lo largo del proceso de gestación de la SE.

heterogéneos Estados miembros. Más específicamente se trata de organizar la participación de los trabajadores en la SE, reconocer su labor y su papel en la empresa.

Recordemos que la SE es un tipo societario facultativo y que la Ley 31/2006 más que establecer obligaciones para las empresas existentes, trata de vincular la libre elección realizada por éstas a una serie de obligaciones en materia de implicación de los trabajadores²⁰⁰¹.

A mayor abundamiento, creo conveniente señalar que esta Ley, en consonancia con lo preceptuado en la DITSE, otorga una *vis* expansiva de los métodos de implicación, incluyendo dentro de su ámbito de aplicación, además de los métodos de información, consulta y participación, cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en las empresas²⁰⁰², por lo que ha de entenderse incluidos también los sistemas de negociación de convenios colectivos, de solución de conflictos o de fiscalización o vigilancia, y las cuestiones sobre seguridad y salud en el trabajo o sobre actividades sociales y culturales²⁰⁰³.

Seguidamente, procederé a hacer un breve análisis de determinados aspectos concretos de la DITSE y de la Ley 31/2006.

V. LA NEGOCIACIÓN ENTRE LAS PARTES INVOLUCRADAS: EJE CENTRAL DEL SISTEMA DE IMPLICACIÓN

La DITSE organiza los derechos de implicación de los trabajadores en la SE mediante un procedimiento negociador²⁰⁰⁴, de esta forma se consigue que las partes implicadas puedan elegir el sistema que consideren más conveniente²⁰⁰⁵. Ahora bien, se

²⁰⁰¹ PÉREZ CAMPOS, A. I., “La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas: antecedentes y caracteres generales”, ya cit., pág. 32. En opinión de SOLA MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., págs. 117-118, “el papel que la normativa comunitaria reserva a los Estados miembros en la configuración de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE queda acotado a dos bloques de cuestiones: en primer lugar, la regulación del procedimiento de negociación a seguir para fijar tales derechos en las SE que vayan a tener su sede registrada en el Estado en cuestión y también del régimen subsidiario que debe aplicarse en caso de que aquella no fructifique; en segundo lugar, la regulación de algunos aspectos puntuales y complementarios a los anteriormente referidos, que cada Estado miembro debe decidir en relación a los centros de trabajo y empresas filiales situados en su territorio. Las normas de trasposición están llamadas pues a desarrollar una doble función de «ley principal» y «ley secundaria o complementaria» en la determinación de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE”.

²⁰⁰² Efectivamente, tanto el artículo 2. h) de la DITSE, como el artículo 2. i) de la Ley 31/2006 hacen referencia, en la definición del término “implicación”, no solo a los sistemas de información consulta y participación, sino también, a cualquier mecanismo que permita a los representantes de los trabajadores influir en las decisiones que se adopten por parte de la empresa.

²⁰⁰³ PÉREZ CAMPOS, A. I., “La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas: antecedentes y caracteres generales”, ya cit., pág. 35.

²⁰⁰⁴ El procedimiento de negociación se recoge en la sección II, artículos 3 a 6 de la DITSE. Por su parte, la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, dedica a esta temática el Capítulo I del Título I, artículos 4 a 13.

Se está otorgando un carácter prioritario al proceso de negociación entre los representantes de los trabajadores afectados y los órganos competentes de las sociedades que participen en el proceso de constitución de la SE, a tales efectos, se les reconoce un amplio margen de maniobra en cuanto a la elección de las formas de implicación, de tal manera que sólo entraran en juego las denominadas “disposiciones de referencia” en el supuesto de que las negociaciones fracasen.

²⁰⁰⁵ Tal y como se recogía en denominado “Informe Davignon” se da prioridad a una solución negociada con el fin de establecer el sistema más acorde con “la cultura nacional y la empresa afectada”.

Textualmente en el apartado A. Propuesta de Resolución punto 4 del informe de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales sobre el informe final del grupo de expertos “Sistemas europeos de participación de los trabajadores” (informe Davignon) (C4-0455/97) se indica que “manifiesta su convencimiento de que sólo mediante el recurso a la flexibilidad y a soluciones negociadas por parte de los interlocutores sociales de

parte de la premisa de que no puede constituirse una SE sin alguna forma de implicación²⁰⁰⁶, al tiempo que se imponen límites a la autonomía negociadora en base al principio “antes-después”, de manera que si en una SE transformada ya existía participación, se debe mantener un nivel de implicación equivalente; asimismo, para la reducción de derechos de participación en los supuestos de constitución de una SE por fusión, *holding* o filial, se requiere una mayoría cualificada de votos.

Igualmente, y aunque en virtud del citado principio “antes-después”, las normas de referencia, aplicables en caso de falta de acuerdo, no pueden imponer un sistema de participación si no existía con anterioridad en las sociedades participantes en la constitución de una SE²⁰⁰⁷, se limita la facultad de los Estados miembros en la aplicación de sus disposiciones de trasposición de las normas de referencia del Anexo de la Directiva, puesto que se deberá de mantener la participación en una SE constituida mediante transformación si con anterioridad existía dicha participación y en los restantes supuestos de constitución (fusión, *holding* o filial) se deberá de mantener la participación si afectaba previamente a un porcentaje determinado de trabajadores²⁰⁰⁸. Si bien, en virtud de la cláusula “*opting-out*”, se permite a los Estados miembros que no impongan a las SE que se constituyan por fusión la aplicación subsidiaria de la Parte 3 del Anexo de la DITSE²⁰⁰⁹. Por lo tanto, el Estado miembro que decida acogerse a esta cláusula vetará el establecimiento en su territorio de las SE formadas mediante fusión de sociedades que previamente contaran con un sistema de participación de los trabajadores en los órganos de administración o control²⁰¹⁰.

la futura SE o bien de las sociedades en formación podrán tenerse en cuenta las estructuras especiales de la empresa o el grupo y las diversas tradiciones de codeterminación de los Estados miembros de la UE”. (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A4-1997-0354+0+DOC+PDF+V0//ES>).

²⁰⁰⁶ Así se establece en el artículo 12.2 del RESE, que preceptúa: “no podrá registrarse ninguna SE salvo que se haya celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores en virtud del artículo 4 de la Directiva 2001/86/CE, se haya tomado una decisión en virtud del apartado 6 del artículo 3 de la mencionada Directiva o haya expirado el periodo de negociaciones conforme al artículo 5 de la Directiva sin que se haya celebrado ningún acuerdo”. Tal y como señala MERCADER UGUINA, J., “Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo”, ya cit., pág. 295, “...los efectos del incumplimiento de la Directiva van «más allá del ámbito de lo social y entran dentro del Derecho de sociedades», con lo que se acentúa de forma notable la significación de los distintos modos de implicación laboral en la lógica de esta figura hasta el punto de que su posible incumplimiento puede llevar a invalidar la totalidad del proceso de constitución de una Sociedad Europea o suponer un obstáculo definitivo para su inscripción registral”.

²⁰⁰⁷ En efecto, tanto el apartado b), párrafo segundo de la Parte 3 del Anexo de la DITSE, como en el artículo 20.2 de la Ley 31/2006 disponen que si ninguna de las sociedades participantes estuviera regida por normas de participación antes de la inscripción de la SE, no habrá obligación de establecer disposiciones en materia de participación, si bien, nuestra Ley 31/2006 establece la salvedad de que se adopte un acuerdo en contrario.

²⁰⁰⁸ En los casos de fusión, si afectaba al veinticinco por ciento o a un porcentaje menor si así lo decide la CN y en los casos de *holding* o filial, si afectaba al cincuenta por ciento o a un porcentaje menor si así lo decide la CN.

²⁰⁰⁹ Lo cierto es que el artículo 7.3 de la DITSE permite que los Estados miembros puedan prever que las disposiciones de referencia contempladas en la Parte 3 del Anexo de la DITSE no se apliquen en los supuestos de constitución de una SE por fusión, en los casos en que las sociedades constituyentes contaran previamente con derechos de participación en los órganos sociales, con el consiguiente efecto que tal decisión conlleva, cual es, vetar, en el territorio del Estado miembro en cuestión, la constitución por fusión de una SE por sociedades en las que previamente estén establecidos derechos de participación en los órganos sociales.

²⁰¹⁰ En efecto, el artículo 12.3 del RESE dispone que “para que una SE pueda registrarse en un Estado miembro que haya ejercido la potestad a que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Directiva 2001/86/CE, o bien deberá haberse celebrado un acuerdo de implicación –incluida la participación– de los trabajadores en virtud del artículo 4 de la mencionada Directiva, o bien ninguna de las sociedades participantes deberá haber estado sujeta a las normas de participación antes de la inscripción de la SE”.

Esta posibilidad de descuelgue se introdujo en la DITSE a instancia del Estado español, aunque finalmente no ha hecho uso de la misma, según se desprende del articulado de la Ley 31/2006, de 18 de octubre.

Las negociaciones entre las partes pueden encaminarse hacia la adopción de un acuerdo *ad hoc*²⁰¹¹ o bien, pueden adoptar el acuerdo de no iniciar o de dar por terminadas las negociaciones con las sociedades participantes en el proyecto de constitución de una SE²⁰¹² y aplicar las normas nacionales sobre información y consulta²⁰¹³. Las disposiciones nacionales de referencia sólo se aplicarán cuando las partes así lo acuerden²⁰¹⁴ o cuando no se alcance un acuerdo²⁰¹⁵.

La DITSE pretende asegurar la existencia de cauces o instrumentos de información y consulta transnacional y, donde sea posible y cuando esté justificado, la participación directa o indirecta en los órganos de dirección de las SE, no impone un modelo armonizado de implicación de los trabajadores en el seno de toda SE que se constituya, ni introduce un catálogo de derechos de implicación mínimos de carácter absoluto.

Por el contrario, confiere un protagonismo absoluto a la negociación colectiva transnacional a cargo de la Dirección (esto es, los órganos competentes de las sociedades participantes) y de los representantes de los trabajadores afectados por el proyecto de constitución de la SE²⁰¹⁶.

²⁰¹¹ A tenor de lo previsto en el artículo 4.1 de la DITSE las partes intervinientes deberán de negociar “con espíritu de colaboración para llegar a un acuerdo sobre las normas de implicación de los trabajadores de la SE”. Por su parte, el párrafo segundo del artículo 8.1 de la Ley 31/2006 traspone este mandato haciendo referencia a que las partes han de negociar “de buena fe, con vistas a la obtención de un acuerdo”. El punto 2 del artículo 4 de la DITSE recoge lo que podemos denominar contenido mínimo del acuerdo de implicación y el artículo 11.1 de la Ley 31/2006 traspone a nuestro Derecho interno dicho mandato, si bien, añade que en el acuerdo se deberá de hacer constar “la identificación de las partes que lo conciertan” (artículo 11.1.a) y además aclara y complementa lo dispuesto en el artículo 4.2.b) de la DITSE, de manera que el artículo 11.1.c) de la Ley 31/2006 queda redactado de la siguiente forma: “la composición, el número de miembros y la distribución de los puestos del órgano de representación de los trabajadores a través del cual se ejercerán los derechos de información y consulta de los trabajadores de la SE y de sus empresas filiales y que será el interlocutor a este respecto del órgano competente de la SE, la duración de su mandato y los efectos que sobre ello se pudieran derivar de las modificaciones en la dimensión, composición o estructura de la SE y de sus empresas filiales o en la composición de los órganos nacionales de representación de los trabajadores”.

²⁰¹² En efecto, tanto el artículo 3.6 de la DITSE, como el artículo 8.2 de la Ley 31/2006 recogen esta posibilidad. Ahora bien, para la adopción de este acuerdo se requerirá una mayoría cualificada de dos tercios de los miembros de la CN, que representen a su vez, al menos, a dos tercios de los trabajadores que incluyan los votos de miembros que representen a trabajadores de, al menos, dos Estados miembros.

²⁰¹³ Esta decisión no se puede adoptar en el supuesto de una SE constituida mediante transformación, cuando en la sociedad que va a transformarse ya existía participación de los trabajadores en los órganos de administración o de control.

²⁰¹⁴ A tenor de lo previsto en los artículos 7.1.a) de la DITSE y 14.1.a) de la Ley 31/2006 las disposiciones de referencia se aplicarán por voluntad de las partes. En los citados artículos se dice literalmente “cuando las partes así lo decidan”.

²⁰¹⁵ Así queda expresado en los artículos 7.1.b) de la DITSE y 14.1.b) de la Ley 31/2006. Se establece para las negociaciones (del correspondiente acuerdo) un plazo de seis meses que podrán prorrogarse hasta el plazo máximo de un año (artículos 5 de la DITSE y 10 de la Ley 31/2006). Ahora bien, la falta de acuerdo no supone la aplicación automática de las disposiciones de referencia ya que, además, se precisa la concurrencia simultánea de dos requisitos. El primero de ellos consiste en la decisión de las direcciones de las sociedades participantes de proseguir con el proceso de constitución de la SE y, por consiguiente, de aceptar la aplicación de las normas de referencia y el segundo, en que la CN no haya adoptado el acuerdo, con la mayoría reforzada que legalmente se establece, de no iniciar las negociaciones o dar por concluidas las negociaciones en curso y someterse a las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores vigentes en los países donde la SE tenga trabajadores. Véase VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 220.

²⁰¹⁶ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., “Las fórmulas de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, número 229, febrero 2004, pág. 75.

VI. EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

Como en todo proceso negociador, en el proceso relativo a la implicación de los trabajadores en las SE, intervienen unas determinadas partes (banco empresarial y banco social) y tiene un comienzo, un desarrollo y una conclusión que seguidamente será objeto de un estudio más detallado. Sin embargo, el proceso diseñado por la DITSE establece la obligación de negociar²⁰¹⁷ y se caracteriza por la brevedad del plazo dispuesto a tales efectos²⁰¹⁸, así como por la aplicación imperativa de las denominadas “disposiciones de referencia”, cuando las partes involucradas no lleguen a ningún acuerdo²⁰¹⁹.

La regulación del procedimiento negociador que recoge la DITSE se aproxima al procedimiento de la Directiva 94/45, aunque contiene determinadas diferencias; así la DITSE no tiene en cuenta ni la dimensión, ni el número de trabajadores para establecer la exigencia de un modelo de implicación en la SE; la obligación de negociar el modelo de implicación surge automáticamente con el proceso de constitución de la SE a efectos de adoptar un acuerdo de implicación o, en su defecto, se aplicarán las disposiciones de

²⁰¹⁷ En efecto, el artículo 3.1 de la DITSE dice que los órganos de dirección o administración de las sociedades participantes en la constitución de una SE, una vez publicado el proyecto de fusión o de constitución de una sociedad *holding*, o después de adoptarse un proyecto de crear una filial o de transformarse en una SE, deberán de iniciar, lo antes posible, las gestiones necesarias para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores para el establecimiento de los derechos de implicación. Entre las gestiones necesarias se incluye la comunicación de las informaciones relativas, tanto a la identidad de las sociedades participantes, filiales o establecimientos afectados, como al número de sus trabajadores. Por su parte, el artículo 5 de la Ley 31/2006 viene a reiterar y complementar tales previsiones, puesto que por una parte, delimita el plazo máximo dentro del cual han de iniciarse las gestiones y lo fija en 45 días, que deben de contarse a partir de la fecha de publicación del proyecto, y por otra parte, amplía las materias sobre las que se debe suministrar información, así, se exige que se informe sobre el lugar del domicilio social propuesto y en los casos en que se aplique en las sociedades participantes algún sistema de participación de los trabajadores en los órganos de administración o control, deberá suministrarse, también, información sobre las características de dichos sistemas, el número de trabajadores cubiertos por ellos y la proporción que representan respecto al total de los trabajadores de las sociedades participantes.

En opinión de SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 119, la delimitación del plazo máximo dentro del cual han de iniciarse las gestiones (45 días) constituye “una precisión significativa que entra dentro de las posibilidades de la norma de trasposición y que resulta positiva porque aporta mayor seguridad jurídica y puede agilizar de forma importante tanto la constitución de la CN como el inicio de las negociaciones”.

²⁰¹⁸ A tenor de lo previsto en el artículo 5.1 de la DITSE las negociaciones se iniciaran “tan pronto como se haya constituido la CN y podrán seguir durante los seis meses siguientes”. Se establece así una regla de carácter general, si bien, a renglón seguido se autoriza a la autonomía de las partes la derogación de dicha regla general, puesto que, según lo dispuesto en el artículo 5.2 de la DITSE, “las partes podrán decidir de común acuerdo prolongar las negociaciones... hasta un máximo de un año a contar desde la constitución de la comisión negociadora”. El artículo 10 de la Ley 31/2006 reproduce lo dispuesto por la DITSE, concretando en el punto 2 que el *dies a quo* a partir del que ha de computarse el plazo de los seis meses “comenzara a contar desde la fecha en que la comisión negociadora hubiera podido quedar válidamente constituida” en el caso de que dicho órgano no se constituya por “causa imputable a los trabajadores” y siempre y cuando por parte de los órganos competentes de las sociedades participantes se hayan cumplido “sus obligaciones para la constitución”.

²⁰¹⁹ Conviene recordar que según lo previsto en los artículos 7.1.b) de la DITSE y 14.1.b) de la Ley 31/2006 para que, a falta de acuerdo, se apliquen las disposiciones de referencia se requiere que por parte de las sociedades constituyentes se persista en la intención de constitución de una SE y se acepte la aplicación de dichas disposiciones y además, que la CN no haya adoptado el acuerdo, con la mayoría reforzada que legalmente se establece, de no iniciar las negociaciones o dar por concluidas las negociaciones en curso y someterse a las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores vigentes en los países donde la SE tenga trabajadores.

referencia; las reglas sobre la formación de la CN y la adopción de acuerdos en su seno son más complejas y revisten un mayor nivel de exigencia²⁰²⁰.

Lo cierto es que la DITSE dedica la sección II al procedimiento de negociación y, en cuanto a la legislación aplicable al mismo, efectúa una remisión de carácter genérico a la legislación del Estado miembro en que la SE vaya a tener su sede registrada, dejando a salvo las disposiciones en contrario de la propia DITSE²⁰²¹.

El proceso de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores por la CN, a tenor de lo dispuesto, tanto en la DITSE, como en la Ley 31/2006, se configura en dos fases, una primera fase, previa a la constitución de la CN²⁰²², vinculada a la publicación del proyecto de constitución²⁰²³ y una segunda fase relativa a la negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en la futura SE por la CN²⁰²⁴.

Durante la primera fase del proceso negociador (fase previa) se tienen que realizar las gestiones necesarias para entablar negociaciones a fin de constituir la CN, una vez recibida la pertinente información y realizadas las gestiones necesarias para entablar negociaciones se deberá de proceder a negociar los derechos de implicación de los trabajadores. Ahora bien, para que dicha negociación pueda llevarse a cabo será necesario poner en marcha un mecanismo que consta de tres fases: 1. Constitución de la CN; 2.

²⁰²⁰ En relación con el procedimiento negociador de la DITSE, véase CASAS BAAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)”, ya cit., pág. 1028.

²⁰²¹ Así se establece en el artículo 6 de la DITSE. Tal y como señala GARRIDO PÉREZ, E., “Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *Revista de Derecho Social*, número 17, enero-marzo 2002, pág. 113, “finalmente, el número de previsiones comunitarias en torno al procedimiento negociador se cierra con una remisión genérica a la legislación del Estado miembro donde vaya a registrarse la SE, haciendo de ella la aplicable a todo el procedimiento previsto en la Directiva, salvo disposición en contrario de la misma, lo que en definitiva incluye no sólo la ordenación de las fases iniciales de constitución de la CN, sino también incluso la de aquellas referidas a la adopción del acuerdo, contenido y procedimentalización del mismo”.

²⁰²² Tanto el artículo 3.1 de la DITSE, como el artículo 5 de la Ley 31/2006 imponen, a los órganos de dirección o administración de las sociedades participantes en la constitución de una SE, la obligación de iniciar, lo antes posible, las gestiones necesarias para emprender las negociaciones, debiendo, a tal efecto, suministrarse una serie de informaciones. Tal y como señala SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 120, “...el artículo 5, asumiendo el esquema propuesto por la norma comunitaria de referencia, enuncia algunas de las medidas que forzosamente quedan incluidas, configurando una especie de contenido mínimo, que deberá completarse en cada caso concreto con las actuaciones que resulten necesarias para hacer posible la negociación”. En opinión de INSA PONCE DE LEÓN, L. F., “La implicación de los trabajadores en la «Societas Europaea»” (Tesis doctoral), *Servei de Publicacions, Universitat de València*, Valencia, 2009, págs. 359-360, a pesar de que tanto el artículo 3.1 de la DITSE como el artículo 5 de la Ley 31/2006 se ocupan de regular el comienzo de las negociaciones, lo cierto es que “en realidad no sólo no se ha negociado aún nada sino que ni siquiera cabe hablar de inicio de las negociaciones propiamente dichas; todo lo más podríamos referirnos a una fase previa caracterizada por la realización de los preparativos o prolegómenos necesarios para que aquellas negociaciones puedan llevarse a cabo adecuadamente”.

²⁰²³ En efecto, las obligaciones impuestas a los órganos de dirección o administración de las sociedades participantes en la constitución de una SE, relativas a llevar a cabo las gestiones necesarias para emprender las negociaciones a efectos de instituir los derechos de implicación de los trabajadores, surgen como consecuencia de la publicación del proyecto de fusión o de constitución de una sociedad *holding* o después de adoptarse el proyecto de crear una filial o de transformarse en una SE (artículos 3.1 de la DITSE y 5 de la Ley 31/2006).

²⁰²⁴ Lo cierto es que el principal cometido de la CN es negociar con los órganos competentes de las sociedades participantes el contenido de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE, así se establece en el artículo 3.3 de la DITSE y en el artículo 8.1 de la Ley 31/2006, atribuyéndose autonomía organizativa a las partes negociadoras, ya que a tenor de lo dispuesto en el artículo 8.4 de nuestra Ley nacional “decidirán, de común acuerdo, las reglas precisas sobre la presidencia o, en su caso, otros procedimientos acordados para el desarrollo de las sesiones de sus reuniones conjuntas...”.

Negociación propiamente dicha y 3. Adopción del correspondiente acuerdo de implicación²⁰²⁵.

La negociación versará sobre los derechos de implicación, derecho genérico que se refiere a cuatro categorías de derechos específicos:

- Derecho de información. En relación con este derecho resulta de interés delimitar a qué concretas informaciones de la SE podrán tener acceso los representantes de los trabajadores o su órgano de representación. Se les deberá informar sobre las cuestiones que afecten a la SE en sí misma y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situados en otros Estados miembros o a aquellas que excedan de las competencias de los órganos de decisión de un único Estado miembro.

La indicada información deberá de entregarse en un momento, de un modo y con un contenido, que permita a los representantes de los trabajadores evaluar en profundidad las posibles repercusiones de la misma y, en su caso, preparar la consulta con el órgano competente de la SE.

- Derecho de consulta. Mediante este derecho el órgano de representación de los trabajadores (o sus representantes) y el órgano competente de la SE (órgano de dirección, control, o administración) abrirán un dialogo e intercambiarán opiniones a partir de las informaciones facilitadas, de forma que los criterios de los trabajadores puedan ser tenidos en cuenta a la hora de adoptar determinadas decisiones.
- Derecho de participación. Este derecho implica una influencia del órgano de representación de los trabajadores o de los representantes de los trabajadores en la SE y mediante él, tendrán derecho a elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad, o bien a recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control.
- Finalmente, a tenor de lo previsto, tanto en la DITSE, como en la Ley 31/2006²⁰²⁶, debo hacer referencia a cualesquiera otros mecanismos que permitan a los representantes de los trabajadores influir en las decisiones que se adopten en las empresas²⁰²⁷.

1. LAS PARTES DEL PROCESO NEGOCIADOR

Las partes de la negociación son: la parte empresarial o banco empresarial y la CN (compuesta por miembros representantes de los trabajadores de las sociedades afectadas en el proceso constitutivo de una SE) o banco social.

A tenor de lo previsto en la DITSE y en la Ley 31/2006, el banco empresarial lo compondrán “los órganos competentes de las sociedades participantes”. Teniendo en cuenta que no se dice nada más en cuanto a los representantes de la parte empresarial, deberemos

²⁰²⁵ CANO GALÁN, Y., “Procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, *Noticias de la Unión Europea*, número 287, diciembre 2008, págs. 5-7.

²⁰²⁶ Lo cierto es que, tanto el artículo 2. h) de la DITSE, como el artículo 2. i) de la Ley 31/2006 hacen referencia, en la definición del término “implicación”, no solo a los sistemas de información, consulta y participación, sino también, a cualquier mecanismo que permita a los representantes de los trabajadores influir en las decisiones que se adopten por parte de la empresa.

²⁰²⁷ Véase CANO GALÁN, Y., “Procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., págs. 10-11.

acudir, para determinar quienes ostentan dicha representación, a lo previsto en la legislación societaria nacional²⁰²⁸.

Aunque la DITSE no lo diga expresamente, nada impediría que, en los casos en que concurren multitud de sociedades participantes, con una complicada trama de filiales y establecimientos que cedan trabajadores a la SE, se organicen los miembros de la parte societaria en una “Comisión representativa societaria”²⁰²⁹.

El banco social estará compuesto, a tenor de lo previsto en la DITSE y en la Ley 31/2006, por los representantes de los trabajadores de las sociedades participantes y de sus filiales y centros de trabajo afectados, que integrarán la CN²⁰³⁰.

La función de ambas partes es la de lograr un acuerdo sobre la implicación de los trabajadores en la SE²⁰³¹, para lo cual las partes involucradas deberán de negociar “con

²⁰²⁸ En efecto, los artículos 4.1 de la DITSE y 8.1 de la Ley 31/2006 establecen cuáles son las partes en el proceso de negociación al disponer que serán los órganos competentes de las sociedades participantes y la CN los que deberán de negociar para llegar a un acuerdo sobre las normas de implicación de los trabajadores en la SE. En este sentido CASAS BAAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)”, ya cit., pág. 1039, señala que “las partes de la negociación son la CN y los órganos competentes de las sociedades participantes o sus representantes debidamente mandatados según sus sistemas de gobierno (órganos de administración o de dirección según los sistemas monista o dualista de administración, sin perjuicio de las competencias estatutarias de las Juntas generales)”; CANO GALAN, Y., “Procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, *La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 126, recoge: “los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes serán aquellos que consten en los estatutos de acuerdo con la normativa de cada Estado”; INSA PONCE DE LEÓN, L. F., “La implicación de los trabajadores en la «Societas Europaea»”, ya cit., pág. 369, indica: “nos referimos por la parte empresarial a los órganos competentes de las sociedades participantes o sus representantes debidamente mandatados según el sistema de gobierno de las mismas: órganos de administración o de dirección según los sistemas monista o dualista de administración societaria, sin perjuicio de las competencias estatutarias de las Juntas generales”.

²⁰²⁹ ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 260.

²⁰³⁰ En cuanto a la CN el artículo 3.2 de la DITSE contiene un conjunto de reglas sobre su composición ciertamente complejas, sin embargo, se puede apreciar que junto a reglas que tienen un carácter general (artículo 3.2.a) i) de la DITSE) se encuentran otras de aplicación específica en los supuestos de constitución por fusión (artículo 3.2.a) ii) de la DITSE). Por su parte, el artículo 7 de la Ley 31/2006 mantiene esta diferenciación entre reglas generales y específicas (aplicables en el supuesto de constitución de una SE por fusión), pero además, establece reglas sobre la composición de la CN diferenciando entre composición inicial y modificación de esa composición e, igualmente, contiene reglas sobre el modo de elegir o designar a los representantes de los trabajadores en la CN y reglas sobre el modo de distribuir o repartir esos representantes. Véase VALDÉS DAL-RE, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., págs. 211-212.

En todo caso, el artículo 2.g) de la Ley 31/2006 define a la CN como “el grupo de representantes de trabajadores constituido...para negociar con el órgano competente de las sociedades participantes el establecimiento de las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE” (por su parte, el artículo 2.g) de la DITSE define a la CN en términos similares). En opinión de INSA PONCE DE LEÓN, L. F., “La implicación de los trabajadores en la «Societas Europaea»”, ya cit., pág. 370, la naturaleza de la CN “es la de ser un órgano de estricta y exclusiva representación de la parte trabajadora y que, además, tiene atribuido un carácter pasajero y transitorio: una vez realizadas las funciones que tiene atribuidas se disuelve y quedarán, consecuentemente, extinguidos los mandatos negociadores atribuidos a sus miembros”.

²⁰³¹ En efecto, la función principal y básica del proceso de negociación, que además, justifica la constitución de la CN, es la de llegar a un acuerdo sobre los derechos de implicación de los trabajadores en la SE, así se dispone en el artículo 3.3, párrafo primero de la DITSE y el artículo 8.1, párrafo primero de la Ley 31/2006, estableciendo, a mayor abundamiento, el artículo 8.5 de nuestra ley nacional, que las funciones de la CN finalizarán con la conclusión del acuerdo sobre implicación.

espíritu de colaboración”²⁰³², “buena fe”²⁰³³. Lo que existe es un deber de negociar, en aras a conseguir un acuerdo, pero no un deber de acordar²⁰³⁴.

A. LA COMISIÓN NEGOCIADORA

Una vez publicado el proyecto de fusión o de constitución de una SE *holding*, o adoptado el proyecto de crear una filial común o de transformación en SE, surge la obligación de negociar²⁰³⁵. A tales efectos, se constituirá una CN²⁰³⁶ representativa de los trabajadores de las sociedades participantes y sus filiales o establecimientos interesados²⁰³⁷.

²⁰³² Ciertamente, el artículo 4.1 de la DITSE establece que las partes intervinientes han de negociar “con espíritu de colaboración” para llegar a un acuerdo sobre las normas de implicación de los trabajadores. Tal y como señalan MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 128, se trata de una “fórmula elíptica del conocido deber de buena fe, y que se conceptualiza como la obligación – del órgano competente de la SE y los miembros del órgano de representación de los trabajadores y, en su caso, los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento de información y consulta– de colaborar entre sí de buena fe para alcanzar los objetivos previstos en la Ley 31/2006, con respeto de sus derechos y obligaciones recíprocos (artículo 25 de la Ley 31/2006)”.

²⁰³³ La Ley 31/2006 traspone el mandato de negociar con espíritu de colaboración recogiendo en su artículo 8.1, párrafo segundo que las partes intervinientes deberán de negociar “con buena fe”, con vistas a la obtención de un acuerdo. La trasposición efectuada por nuestro legislador se ha efectuado, tal y como señala VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 217, “...adecuándolo al lenguaje normativo del sistema español de relaciones laborales”. En relación con el deber de negociar y el principio de buena fe véase SÁNCHEZ TORRES, E., *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, CES, Madrid, 1999, págs. 49-53 y 89-175, concretamente en las págs. 52-53 recoge “hemos de entender que el deber de negociar y el deber de negociar de buena fe son deberes jurídicos que, con objeto y causa diferentes, abarcan ámbitos dispares, aunque concurrentes y conexos, de forma que el cumplimiento formal del primero da lugar a su conversión a través de la exigibilidad del segundo. Con ello cabe afirmar que todo deber de negociar lleva implícita para su efectivo desarrollo el deber de negociar en buena fe...”, más adelante en la pág. 98 se refiere al concepto de negociación en buena fe “como deber que compele a las partes a acceder a las negociaciones con una mente abierta y a realizar un razonable esfuerzo para alcanzar un ámbito común de acuerdo y que, en definitiva, vendría a dar sentido y efectividad al propio deber de negociar, atribuyéndole continuidad y contenido real a la acción negociadora”.

²⁰³⁴ Véase MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., págs. 128-129. Según recogen, dichos autores, “existe un deber de negociar que eventualmente puede conllevar la consecución de un acuerdo, pero no de convenir...debe discernirse entre la negociación como proceso o acto (desarrollo de una actividad informativa y negociadora) y la negociación como resultado (eventual acuerdo negociado en que fructifica el procedimiento)”.

²⁰³⁵ Así se establece en los artículos 3.1 de la DITSE y 5 de la Ley 31/2006. El citado artículo 5 precisa que una vez publicado o aprobado el proyecto, según las distintas modalidades de constitución de la SE, “en el plazo máximo de los cuarenta y cinco días siguientes” los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes llevarán a cabo las gestiones necesarias para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores. Tal y como afirma VALDÉS DAL-RÉ, F., “El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea a través de la negociación colectiva”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Tomo II, 2003, págs. 3-4, “la Directiva define la iniciativa negociada como un verdadero deber o, tal vez y con mayor corrección técnica, una verdadera carga que, una vez removida por ciertos sujetos, atribuye a sus receptores, esta vez sí, una facultad de iniciar las negociaciones. Los únicos sujetos pasivos de la carga de iniciar las negociaciones son los órganos de dirección y administración competentes para la elaboración del proyecto de constitución de la SE y cuya concreta identificación es una tarea que reenvía, de un lado a las normas del Reglamento 2157/2001 que regula las distintas modalidades de fundación de una SE (fusión, *holding*, filial y transformación)” (artículos 20.1, 32.2, 36 y 37.4 del Reglamento) y, de otro, a las legislaciones nacionales de las sociedades participantes (en función del carácter monista o dualista del sistema societario, la competencia corresponderá al Consejo de administración o al Consejo de dirección. El sujeto receptor de la oferta negociada es la CN, a la que corresponde aceptar o no la oferta negociada, activando en la contraparte, en caso afirmativo, un deber de

En virtud de lo previsto en la Ley 31/2006, para las SE domiciliadas en España y en base a la iniciativa y a las informaciones facilitadas por los órganos competentes de las sociedades participantes, se procederá a la constitución de una CN cuyos miembros serán elegidos o designados de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales²⁰³⁸.

a. COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA. EL CÓMPUTO DEL NÚMERO DE TRABAJADORES

La composición de la CN está sujeta a los principios de proporcionalidad y representación mínima. En consecuencia, los miembros integrantes de la CN serán designados, en proporción al número de trabajadores empleados en cada Estado miembro, por las sociedades participantes y las filiales y establecimientos afectados, a razón de un puesto por cada diez por ciento o fracción del total de trabajadores²⁰³⁹. La Ley 31/2006 prevé que la designación deberá de hacerse de forma proporcional a la representación obtenida por cada sindicato en las elecciones a representantes de los trabajadores en el conjunto de los centros de trabajo²⁰⁴⁰.

negociar, entendida la noción en su sentido más clásico y tradicional: deber de abrir tratos contractuales con vistas a alcanzar un acuerdo”.

²⁰³⁶ La CN “se caracteriza por ser un órgano de estricta representación social *«ad hoc»*, dado que su función se circunscribe a la negociación relativa a la implantación de un mecanismo de implicación de los trabajadores en la SE. Este carácter de transitoriedad –vocación limitada en el tiempo– se refleja muy claramente cuando el artículo 8.5 de la Ley 31/2006 indica que las funciones de la CN finalizarán con la conclusión de un acuerdo (o la adopción de las decisiones alternativas previstas en el artículo 8.2 de la Ley 31/2006), quedando extinguido el específico mandato negociador de sus integrantes”. MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 116.

En cuanto a la constitución y composición de la CN, puede consultarse VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., págs. 211-213; CANO GALÁN, Y., “Procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., págs.7-10; SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., págs. 121-131. En opinión de este último autor “la CN es uno de los aspectos que con mayor detalle regula la Ley 31/2006 y donde mayor número de reglas se incorporan en relación a las previsiones contenidas en la DITSE. Las cuestiones que se abordan en relación con este órgano pueden agruparse en cinco puntos: 1) composición inicial; 2) determinación de los electores, los elegibles y el procedimiento de elección; 3) derechos de sus miembros; 4) modificación de la composición inicial; 5) funcionamiento interno”.

²⁰³⁷ En efecto, en el artículo 3.2 de la DITSE se recogen una serie de reglas relativas a la constitución de la CN, que es el órgano representativo de los trabajadores de las sociedades participantes y sus filiales y establecimientos interesados. En este sentido CASAS BAAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)”, ya cit., pág. 1032, señala que la DITSE asigna “a la CN la obligada condición o cualidad de «representativa»” y que “las reglas o disposiciones que después desarrollan esa exigencia, que afectan tanto al plano de su composición y distribución de puestos, como al de adopción de acuerdos en su seno, se enuncian en términos de cierta complejidad...”.

²⁰³⁸ Tal previsión se establece en el artículo 6.1, ocupándose el siguiente artículo de la composición de la CN. En efecto, el artículo 7 de la Ley 31/2006 ha venido a trasponer a nuestro ordenamiento el mandamiento contenido en el artículo 3.2 de la DITSE.

²⁰³⁹ Tanto el artículo 3.2.a.i) de la DITSE, como el artículo 7.1 de la Ley 31/2006 establecen con carácter general que los miembros de la CN se distribuyen en proporción al número de trabajadores empleados en cada Estado miembro por las sociedades participantes, sus filiales y centros de trabajo “a razón, en cada Estado miembro, de un puesto por cada diez por ciento o fracción del total de trabajadores empleados en el conjunto de los Estados miembros”.

²⁰⁴⁰ Según lo establecido por el artículo 29.1 de nuestra Ley nacional. Tal y como señala SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 126, la precisión contenida en éste artículo “se trata, sin duda, de una regla importante, dado que, en coherencia con la lógica que impregna nuestro sistema de representación, excluye cualquier actuación de las opciones

Cuando se constituya una SE por fusión, con el fin de garantizar que en la CN se incluye, al menos, un representante por cada sociedad que va a dejar de existir como entidad jurídica diferenciada²⁰⁴¹, se podrán elegir miembros adicionales con dos limitaciones: a) que el número de miembros adicionales designados, según esta regla, no sea superior al veinte por ciento del número total de miembros²⁰⁴² y b) que no puede producirse una doble representación de los trabajadores, de manera que si esta representación mínima se garantiza ya, por la simple aplicación de la regla proporcional, no habrá lugar a la elección de un miembro adicional²⁰⁴³.

La Ley 31/2006, en relación con la incorporación a la CN de miembros adicionales, establece que: a) se entenderá que los trabajadores empleados en España por una sociedad participante están representados en la CN cuando forme parte de ella un trabajador de dicha sociedad designado en España y b) que en el caso de que entre los representantes designados en España figure un representante sindical, que no sea trabajador de ninguna de las sociedades participantes, tendrá la representatividad que le atribuya el acta de designación; en el caso de no constar, se presumirá que todos los trabajadores empleados en España por las sociedades participantes están representados en la CN a través de dicho representante sindical²⁰⁴⁴.

La DITSE, a diferencia de la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre de 1994, por la que se reguló el llamado Comité de empresa europeo, no contiene ninguna norma sobre el cómputo de los trabajadores. La Ley 31/2006 establece un cómputo muy amplio, puesto que, a dichos efectos, se tomará en consideración la totalidad de los trabajadores empleados,

sindicales mayoritarias que pretenda marginar a las minorías impidiéndoles la designación de aquellos miembros de la CN que proporcionalmente les correspondan”.

²⁰⁴¹ En efecto, los artículos 3.2.a).ii) de la DITSE y 7.2 de la Ley 31/2006 (en relación con el artículo 29.4 de la citada Ley nacional) contienen una regla especial aplicable a las SE constituidas por fusión estableciendo que, en dicho supuesto, deberán incorporarse a la CN otros miembros adicionales en representación de cada Estado miembro, en la medida necesaria para asegurar que la indicada Comisión incluya, al menos, un miembro representante de cada una de las sociedades participantes que están registradas y emplean a trabajadores en dicho Estado miembro, siempre y cuando, de conformidad con el proyecto, dicha sociedad vaya a dejar de existir como entidad jurídica diferenciada tras la inscripción de la SE.

²⁰⁴² Tanto el artículo 3.2.a).ii) de la DITSE, como el artículo 7.3 de la Ley 31/2006 establecen un límite máximo a los miembros adicionales de la CN que pueden ser elegidos o designados en los casos de constitución de una SE por fusión. Dicho límite máximo equivale al veinte por ciento del número de miembros ordinarios inicialmente elegidos o designados (artículo 7.3, párrafo primero de la Ley 31/2006).

²⁰⁴³ ROCA JUNYENT, M. y NAVALES, C., *La Sociedad Anónima Europea. Crónica de un largo camino*, ya cit., pág. 117.

En efecto, el artículo 3.2.a).ii) de la DITSE, en su párrafo tercero, dispone que la composición de la CN no puede dar lugar a la doble representación de los trabajadores (como consecuencia del nombramiento de miembros adicionales en los supuestos de fusión). Nuestra Ley nacional, en cumplimiento del mandato contenido en la norma comunitaria, que prohíbe que la asignación de miembros adicionales pueda dar lugar a una doble representación, dispone en el artículo 7.4, con el fin de evitar la doble representación de los trabajadores de las sociedades participantes, el deber de proceder a deducir el número de trabajadores pertenecientes a dichas sociedades “del total de los trabajadores cuya representación se hubiere atribuido a los representantes ordinarios inicialmente elegidos o designados en el Estado miembro en cuestión”. Véase VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., págs. 212-213.

²⁰⁴⁴ Según lo dispuesto en el artículo 7.2, párrafo segundo de la Ley 31/2006 (para los centros de trabajo situados en España de las SE y de sus empresas filiales; véase lo dispuesto en el artículo 29 apartados 4 y 5 de la citada Ley nacional). Por otro lado debe tenerse en cuenta que la Ley 31/2006 establece una presunción *iuris tantum* según la cual, cuando en un Estado miembro figure un representante que no sea trabajador de ninguna de las sociedades participantes, se presumirá que todas las sociedades participantes que emplean trabajadores en dicho Estado miembro están representados en la CN a través de dicho representante; ahora bien, tal presunción podrá ser destruida mediante el acta de elección o designación, puesto que, el propio artículo comentado deja a salvo el hecho de que en el acta de elección o designación se dispusiera otra cosa.

incluidos los trabajadores con contratos temporales o de duración determinada en el momento a que se refiera el cálculo, es decir, en el momento de constitución de la CN²⁰⁴⁵.

Este cómputo se considerara vigente durante todo el tiempo de funcionamiento de la CN hasta que se llegue a un acuerdo sobre la implicación o hasta la finalización sin acuerdo del procedimiento de negociación²⁰⁴⁶.

No obstante, cuando se haya producido una modificación en la dimensión, composición o estructura de las sociedades participantes o, de las filiales o centros de trabajo afectados, que implique que se altere el número de puestos a cubrir en la CN y así se solicite bien, por acuerdo de la propia CN o bien, mediante una petición escrita de un mínimo del diez por ciento de los trabajadores afectados (o de sus representantes) de dos o más centros situados en Estados miembros diferentes²⁰⁴⁷, deberá de modificarse la composición de la CN²⁰⁴⁸ y en consecuencia, habrá que proceder a efectuar un nuevo cómputo²⁰⁴⁹.

b. LA ELECCIÓN O DESIGNACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA

La DITSE encomienda a los Estados miembros la labor de determinar la forma de elegir o designar a los miembros de la CN²⁰⁵⁰.

La Ley 31/2006 establece que la designación, para los centros de trabajo situados en España (con independencia de que la SE vaya a estar o no domiciliada en territorio

²⁰⁴⁵ En efecto, el artículo 21.1 de la Ley 31/2006 regula la forma en que debe efectuarse el cálculo del número de trabajadores con un criterio amplio, incluyendo, tanto a los trabajadores contratados a tiempo parcial, como a los trabajadores que tengan un contrato de carácter temporal o de duración determinada. Tal y como señala SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 123, “...se computan todos los trabajadores existentes al iniciarse el procedimiento de negociación, con independencia de cuál sea el vínculo contractual y sin establecer ningún tipo de diferencias entre ellos”.

²⁰⁴⁶ En principio, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley 31/2006, el cómputo del número de trabajadores efectuado para la constitución de la CN se considerará vigente durante todo el tiempo de funcionamiento de dicha Comisión (que puede prolongarse a lo largo de un año). Ahora bien, todo ello debe de entenderse si perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7.5, que prevé una nueva elección o designación de todos o de parte de los miembros de la CN en determinados casos. Quiero hacer notar que la DITSE, a diferencia de nuestra Ley nacional, no contiene previsión alguna en esta materia.

²⁰⁴⁷ Aunque la modificación de la composición de la CN es una cuestión no contemplada en la DITSE, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7.5.a) de la Ley 31/2006, la nueva elección o designación viene motivada por un cambio en la dimensión, composición o estructura de las unidades organizativas de la SE, que da lugar a una alteración en el número de puestos a cubrir en la CN, en los criterios de distribución de los puestos o en la representatividad de la propia Comisión.

²⁰⁴⁸ Hay otro supuesto de modificación de composición de la CN, el de pérdida del mandato representativo de los miembros de dicha CN o de los representantes nacionales que la eligieron o designaron, pero en este supuesto no se procede a efectuar un nuevo cómputo de trabajadores (artículo 7.5.b) de la Ley 31/2006). También en este supuesto se requiere una solicitud expresa, que corresponde formular a un mínimo del diez por ciento de los trabajadores representados por aquellos sujetos o al diez por ciento de sus representantes. Véase SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., págs. 130-131.

²⁰⁴⁹ Según dispone el artículo 21.3 de la Ley 31/2006. Tal y como señala SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 130, “la actualización de la composición no opera de forma automática sino a instancia de parte”.

²⁰⁵⁰ En efecto, el artículo 3.2. b) de la DITSE dice que “los Estados miembros determinarán la forma de elegir o designar los miembros de la Comisión Negociadora que hayan de ser elegidos o designados en su territorio” y en cumplimiento de este mandato el artículo 7.1, párrafo primero de la Ley 31/2006 ha dispuesto que “los miembros de la Comisión Negociadora serán elegidos o designados de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales” y por tanto, de acuerdo con lo establecido en nuestra legislación y en nuestras prácticas nacionales, cuando la designación recaiga sobre representantes sindicales, éstos podrán ser o no trabajadores de una de las sociedades participantes o de sus centros de trabajo o empresas filiales afectadas (artículos 7.1, párrafo segundo de la Ley nacional y 3.2.b), párrafo segundo de la DITSE).

español)²⁰⁵¹, podrá recaer en: a) miembros del Comité de empresa o delegados de personal; b) un trabajador de cualquiera de las sociedades participantes y de sus centros de trabajo y empresas filiales afectados; c) un representante sindical miembro de una organización sindical más representativa en el nivel estatal o representativa en el ámbito de las sociedades participantes, aunque no sea trabajador de una empresa participante o de una filial o establecimiento interesado²⁰⁵².

La designación se efectuará: bien por acuerdo de las representaciones sindicales que sumen la mayoría de miembros del Comité o Comités de empresa y delegados de personal, o bien por acuerdo de los delegados de personal o Comités de empresa. En todo caso, la designación deberá de hacerse de forma proporcional a la representación obtenida por cada sindicato en las elecciones a representantes de los trabajadores en el conjunto de los centros de trabajo²⁰⁵³.

Por último, debo hacer mención a la previsión contenida en la DITSE (párrafo tercero del artículo 3.2.b) que obliga a los Estados miembros a “prever que los trabajadores de las empresas o establecimientos en los que no existan representantes de los trabajadores por motivos ajenos a su voluntad²⁰⁵⁴, tengan derecho a elegir o designar a miembros de la

²⁰⁵¹ La referencia contenida en el Título II de la Ley 31/2006, afecta a los centros de trabajo y empresas filiales situados en España de las SE, independientemente del lugar en que la SE decida establecerse.

²⁰⁵² Efectivamente, el artículo 29.2 contiene una enumeración de las personas que pueden ser designadas como representantes de los trabajadores en la CN. Cabe, además, señalar que la designación de miembros representantes de organizaciones sindicales está permitida por el artículo 3.2.b), párrafo segundo de la DITSE y 7.1., párrafo segundo de la Ley 31/2006. En consecuencia, tal y como señala SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 126, son elegibles “...los trabajadores, ostenten o no la condición de representantes unitarios y también cualquier otro sujeto siempre que sea «un representante sindical miembro de una organización sindical más representativa a nivel estatal o representativa en el ámbito de las sociedades participantes». Esta segunda posibilidad ha sido fuertemente criticada desde sectores empresariales (opinión de la CEOE y CEPYME, expresada en el Dictamen 3/2005 –aprobado en la sesión ordinaria del Pleno de 18 de mayo– del Consejo Económico y Social), al entender que «ello supone introducir elementos ajenos a nuestro modelo de relaciones laborales y no está dentro de las previsiones de la Directiva»” (tales argumentos son rechazados por el autor citado).

²⁰⁵³ Así se establece en el artículo 29.1 de la Ley 31/2006, donde, además, se recoge que las mismas reglas se seguirán para la sustitución de aquellos representantes en los casos de dimisión y revocación y en los de pérdida de la condición de representante nacional de los trabajadores, y que la representatividad de los miembros de la CN será la que cada uno tenga atribuida en el acta de designación y en caso de no constar, se presume que todos los designados en representación de los trabajadores empleados en España representan al conjunto de dichos trabajadores.

Se trata, por tanto, tal y como señala SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., págs. 127-128, “del reparto proporcional en función del número de representantes unitarios obtenidos, es decir, de la audiencia electoral”, más adelante añade que “junto al principio de proporcionalidad representativa aparece, de forma mucho más difusa, un principio que podemos denominar de diversidad, previsto para aquellas hipótesis donde corresponda designar a más de un miembro por los trabajadores empleados en España y éstos correspondan a varias sociedades. En tales casos el artículo 29.3 señala que «debe procurarse que, en la medida de lo posible y según lo permita el número de miembros a designar, entre dichos miembros figure al menos un representante de cada una de las sociedades participantes que empleen trabajadores en España». Tal regla constituye una transcripción casi literal del artículo 3.2.b.1º de la DITSE, lo cual resulta del todo criticable porque si realmente interesa garantizar la máxima diversidad en la designación los términos podrían haber sido mucho más concretos y contundentes”.

²⁰⁵⁴ En España, a tenor de lo previsto en el artículo 62.1 del Texto Refundido de la Ley del ET, nos encontraremos con este supuesto en las empresas o centros de trabajo que tengan menos de seis trabajadores. En este sentido se pronuncian MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 114. En contra, INSA PONCE DE LEÓN, L. F., “La implicación de los trabajadores en la «Societas Europaea»”, ya cit., pág. 376, opina que “sería más acertado entender que en el caso de España, y dado que la regla ha de aplicarse «sin perjuicio de las legislaciones o prácticas nacionales por las que se fijan umbrales para el establecimiento de un órgano de representación», la misma debería referirse a centros (de seis o más trabajadores), en los que no hayan podido celebrarse elecciones, que legalmente son posibles, por causas

CN”. El defecto de transposición de esta norma se solventa mediante la previsión contenida en la Ley 31/2006 que declara que “los trabajadores empleados en España por una sociedad participante están representados en la CN cuando forme parte de ella un trabajador de dicha sociedad designado en España” (artículo 29.5)²⁰⁵⁵.

2. INICIO DEL PROCEDIMIENTO

Teniendo en cuenta que no puede constituirse ninguna SE sin que se haya llegado a un acuerdo sobre la implicación de los trabajadores²⁰⁵⁶, las primeras interesadas en entablar las negociaciones pertinentes a tal efecto, son las propias sociedades participantes, no obstante la DITSE dispone que : “cuando los órganos de dirección o administración de las sociedades participantes establezcan el proyecto de constitución de una SE, iniciaran lo antes posible... las gestiones necesarias... para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores de la SE”²⁰⁵⁷ y la Ley 31/2006 dice que: “el procedimiento de negociación, para la determinación de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE, se iniciará a partir del momento en que los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes hayan establecido el proyecto de constitución de la SE”²⁰⁵⁸ y que: “incumbirá a los órganos competentes de las sociedades participantes... la responsabilidad de establecer las condiciones y medios necesarios para la negociación con los representantes de los trabajadores de las disposiciones que se apliquen en la SE en relación con los derechos de implicación de los trabajadores”²⁰⁵⁹.

ajenas a la voluntad de los trabajadores. No se referiría, por tanto, al supuesto de centros de trabajo con menos de seis trabajadores, supuesto en que las elecciones, legalmente, no son factibles”.

²⁰⁵⁵ Véase SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 128. En opinión de este autor “el defecto de trasposición que analizamos es del todo criticable porque impide a los trabajadores que no disponen de representantes participar en la designación de la CN, como también lo es la artificiosa forma como el artículo 29.5 de la Ley 31/2006 intenta solventarlo...”.

²⁰⁵⁶ Puesto que, a tenor de lo previsto en el artículo 12.2 del RESE: “no podrá registrarse ninguna SE salvo que se haya celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores...”. En consecuencia, se está condicionando el registro de la SE al cumplimiento de la condición de que los trabajadores de la SE tengan garantizados unos derechos de implicación en la misma.

²⁰⁵⁷ Tales previsiones están recogidas en el artículo 3.1 de la DITSE. Con el fin de que las negociaciones se inicien a la mayor brevedad posible, una vez publicado el proyecto de fusión o de constitución de una sociedad *holding*, o después de adoptarse un proyecto de crear una filial o de transformarse en una SE, deberán de comunicar las informaciones relativas a la identidad de las sociedades participantes, filiales o establecimientos afectados, así como el número de sus trabajadores.

El deber de comunicación que la DITSE impone a las sociedades participantes en la constitución de una SE, se prolonga a lo largo del proceso negociador, puesto que, el artículo 3.3, párrafo segundo de la DITSE dispone que a efectos de fijar mediante acuerdo escrito las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE, “el órgano competente de las sociedades participantes informará a la CN del proyecto y del desarrollo del proceso real de constitución de la SE, hasta la inscripción de la misma”.

²⁰⁵⁸ En efecto, el artículo 5 de nuestra Ley nacional especifica que una vez publicado el proyecto de fusión o el de constitución de una sociedad *holding*, o después de adoptado el proyecto de creación de una filial común o el de transformación en una SE, los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes llevarán a cabo, en el plazo máximo de los cuarenta y cinco días siguientes, las gestiones necesarias para entablar las negociaciones; también especifica el tipo de información que debe de ser comunicada. Lo cierto es que la norma de trasposición ha ampliado el volumen de la información que debe de ser transmitida y definido los destinatarios de la información que, a tenor de lo previsto en el citado artículo 5, lo serán los representantes de los trabajadores de las sociedades participantes y de sus filiales y centros de trabajo afectados. Tal y como señala SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 121, “se trata, sin duda, de una aportación muy positiva porque mejora la regulación de una obligación instrumental que garantiza a los sujetos encargados de constituir la CN el acceso a una serie de información imprescindible a tal fin”.

²⁰⁵⁹ Lo cierto es que según lo preceptuado en el artículo 4 de nuestra Ley nacional, se hace recaer sobre los órganos competentes de las sociedades participantes en la constitución de la SE la responsabilidad

Ahora bien, las negociaciones propiamente dichas no se inician hasta que se haya constituido la CN, aunque una vez constituida puede, dicha CN, adoptar el acuerdo de no iniciar las negociaciones, en cuyo caso se aplicarán las disposiciones sobre información y consulta vigentes en los Estados miembros en que la SE tenga trabajadores²⁰⁶⁰.

El acuerdo de no iniciar las negociaciones debe de adoptarse por mayoría cualificada de dos tercios de sus miembros que representen, al menos, a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de miembros que representen a trabajadores de, al menos, dos Estados miembros²⁰⁶¹; por otro lado, en el caso de una SE constituida mediante transformación no podrá adoptarse el acuerdo de no iniciar las negociaciones cuando en la sociedad que va a transformarse ya existía participación²⁰⁶².

La voluntad de no iniciar las negociaciones puede sufrir variaciones a lo largo del tiempo, por lo que se permite que la CN vuelva a ser convocada cuando así lo soliciten por escrito el diez por ciento, por lo menos, de los trabajadores de la SE, de sus filiales y establecimientos o de sus representantes, siempre que hayan transcurrido, al menos, dos años desde la fecha en que se adoptó la decisión de no negociar, salvo que las partes acuerden reiniciar las negociaciones con anterioridad. En el supuesto de que una vez

del procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores de la SE. Tal y como señala VALDÉS DAL-RE, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 211, “el incumplimiento de este deber de los órganos competentes de las sociedades participantes en la constitución de una SE puede desencadenar muy concretas responsabilidades, entre otras de índole administrativo. El artículo 10 bis.2.) de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social califica como falta muy grave «las acciones y omisiones que impidan el inicio y desarrollo de la negociación con los representantes de los trabajadores»”. En este mismo sentido MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 130; SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 118, donde dice que “se establece así «una obligación de negociar» o, si se prefiere, una «verdadera carga que, una vez removida por ciertos sujetos, atribuye a sus receptores una facultad de iniciar las negociaciones», que conviene precisar en su vertiente subjetiva, temporal y material”.

²⁰⁶⁰ Según lo preceptuado en los artículos 3.6, párrafo primero de la DITSE y 8.2, párrafo primero de la Ley 31/2006, la CN también puede, una vez iniciadas las negociaciones, darlas por terminadas (sin que se haya llegado a ningún acuerdo), en cuyo caso, se aplicaran las normas sobre información y consulta vigentes en los Estados miembros en los que la SE tenga trabajadores. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación del régimen previsto en la Directiva 94/45, relativa a los Comités de empresa europeos, en aquellos casos en que la SE fuera una empresa de dimensión comunitaria o una empresa de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, según lo dispuesto en el artículo 13.1, párrafo segundo de la DITSE y la disposición adicional primera de la Ley 31/2006, como excepción a la regla general de inaplicación de la Directiva sobre el Comité de empresa europeo en tales casos. De este modo, tal y como señala INSA PONCE DE LEÓN, L. F., “a través de la intervención de un Comité de empresa europeo se garantizaría, pese a no iniciar o dar por terminadas sin acuerdo las negociaciones ya iniciadas, la existencia de un sistema uniforme de implicación en el conjunto de la SE”. Véase INSA PONCE DE LEÓN, L. F., “La implicación de los trabajadores en la «Societas Europaea»”, ya cit., pág. 385.

²⁰⁶¹ Según lo dispuesto en los artículos 3.6, párrafo segundo de la DITSE y 8.2, párrafo segundo de la Ley 31/2006 se exige esta mayoría reforzada para la adopción del acuerdo de no inicio de las negociaciones. También se requieren estas mayorías cualificadas para dar por terminadas las negociaciones en curso y para la reducción de los derechos de participación de los trabajadores, a tenor de lo previsto en el artículo 9.2 de la Ley 31/2006.

²⁰⁶² Así se establece en los artículos 3.6, párrafo tercero de la DITSE y 8.2, párrafo tercero de la Ley 31/2006. Tampoco se podrán dar por terminadas las negociaciones ya iniciadas cuando la sociedad llamada a transformarse en SE cuente con un sistema de participación de los trabajadores. En estos casos se está limitando la autonomía negociadora por imposición del principio antes-después.

iniciadas las negociaciones no se llegase a ningún acuerdo se seguirán aplicando las normas sobre implicación vigentes hasta ese momento²⁰⁶³.

3. DESARROLLO DE LAS NEGOCIACIONES

Una vez que se haya constituido la CN, los órganos competentes de las sociedades participantes convocarán a ésta a una primera reunión de negociación²⁰⁶⁴; esta primera reunión puede coincidir en fecha con la constitución de la CN²⁰⁶⁵.

La DITSE dice que se deberá de negociar con “espíritu de colaboración”²⁰⁶⁶; la Ley 31/2006 dice que se deberá de negociar “de buena fe”²⁰⁶⁷.

²⁰⁶³ Así se recoge en los artículos 3.6, último párrafo de la DITSE y 8.3 de la Ley 31/2006. Esta misma normativa es de aplicación a los supuestos en los que la CN decida dar por terminadas las negociaciones en curso.

²⁰⁶⁴ Según lo previsto en el artículo 6.2 de la Ley 31/2006 los órganos competentes de las sociedades participantes informarán de la convocatoria a esa primera reunión a las direcciones de sus centros de trabajo y empresas filiales de los Estados miembros. Por otra parte, la CN informará del inicio de la negociación a todas las organizaciones sindicales que, en cada Estado miembro, hayan participado en su elección o designación a las que, según lo establecido en el artículo 9.6, también debe informar del proceso de negociación y de sus resultados. En caso de incumplimiento, de las obligaciones de información, pueden ser sancionados por infracción grave o muy grave, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 bis 1.b) y 2.a) de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social, incorporado por la disposición final primera de la Ley 31/2006.

Tal y como señala VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 216, “...se ordena a la CN el suministrar información «del proceso y de los resultados de la negociación» a las organizaciones sindicales que, en cada Estado miembro, hayan participado en la elección o designación de los componentes de la propia Comisión. En relación con este deber de la CN, la Ley nacional no establece la periodicidad con la que ha de facilitarse información. No obstante, una doble interpretación, la estrictamente literal y la finalista, abonan la tesis de que la CN ha de articular esta información con cierta periodicidad, no debiéndose entender cumplimentado el deber con el suministro de información al final de las deliberaciones. El contenido de la información versa sobre el proceso y sobre los resultados; sobre ambas cuestiones. Y, por tanto, sobre ambas ha de facilitarse la oportuna información”. Por su parte, MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 125, consideran que “lo que en la Directiva (artículo 3.5) es una potestad de la CN, en nuestro ordenamiento se convierte en una carga informativa obligatoria en relación a predeterminados y concretos sujetos sindicales y además se extiende materialmente abarcando la complitud del procedimiento, no sólo en relación al dato de inicio de las negociaciones, sino abarcando también el desarrollo y resultado de las mismas”.

²⁰⁶⁵ De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 6.3 de la Ley 31/2006 la primera reunión de negociación “podrá coincidir en fecha con la constitución de la CN”.

²⁰⁶⁶ Así se recoge en el artículo 4.1 de la DITSE, debiendo entenderse tal aserto referido al desarrollo del proceso de negociación en aras al logro de un acuerdo sobre las normas de implicación de los trabajadores en la SE.

²⁰⁶⁷ En efecto, el artículo 8.1, párrafo segundo de nuestra Ley nacional precisa que el proceso estará regido por el principio de buena fe (la DITSE hace referencia al “espíritu de colaboración”); tal y como señala CANO GALAN, Y., “Procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., pág. 127, “...entendiendo por tal, la negociación con la intención de lograr acuerdos, y considerándose que dicha buena fe no existe cuando lo que se pretende con la creación de la SE es la reducción de los derechos de implicación de los trabajadores en la futura SE. En relación con el principio de buena fe puede consultarse MONTOYA MELGAR, A., *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001, concretamente en la pág. 14 señala que a través del principio general de la buena fe “se impone «un modelo o un arquetipo de conducta social», basado en «la rectitud y honradez». Con ello se atiende a la «unidad de orden moral», integrado tanto por normas morales como jurídicas”, más adelante en la pág. 39 añade que “la buena fe en el ámbito contractual se resuelve en el deber de ambas partes de cumplir «con coherencia, lealtad y colaboración» el denominado «programa negocial» que las propias partes han querido convenir”; SEGALÉS FIDALGO, J., “Nuevamente sobre la buena fe como límite al ejercicio de los derechos fundamentales dentro de la relación obligatoria laboral”, *Revista de Derecho Social*, número 17, enero-marzo 2002, pág. 127, donde en relación con la buena fe contractual dice que “la exigencia

Los órganos competentes de las sociedades participantes y la CN deberán establecer, de común acuerdo, las normas relativas a la presidencia u otros procedimientos para el desarrollo de las sesiones que se celebren²⁰⁶⁸.

Las actas de las reuniones, celebradas entre la CN y los órganos competentes de las sociedades participantes, serán firmadas por un representante en nombre de cada una de las partes²⁰⁶⁹.

A. DURACIÓN

Las negociaciones se iniciaran tan pronto como se haya constituido la CN y podrán proseguir durante los seis meses siguientes a la constitución de la CN. Este plazo puede prorrogarse hasta un máximo de un año desde la fecha de constitución de la CN²⁰⁷⁰.

de ajuste a la buena fe contractual pretende que el pacto se imponga a los intereses particulares de sus firmantes, forzando a éstos a cumplir no sólo lo expresamente estipulado sino también todo aquello que resulte necesario para asegurar el buen fin de la obligación”.

²⁰⁶⁸ Según lo previsto en el artículo 8.4, párrafo primero de la Ley 31/2006. Lo cierto es que dicho artículo sólo hace referencia a la presidencia, pero tal y como señala CANO GALAN, Y., “Procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., pág. 149-150, “...es posible que en el establecimiento de dichas reglas se acuerde también la presencia de uno o varios secretarios, fijando el procedimiento de designación de éstos, u otorgando la posibilidad de su elección al presidente. Además, podrán concretarse tanto las funciones del presidente como la de los secretarios si se ha acordado su designación”. Más adelante añade que “el artículo 8.4 determina que la CN y los órganos competentes de las sociedades participantes, deberán ponerse de acuerdo para decidir los procedimientos para el desarrollo de las sesiones. Dichos procedimientos pueden ser acordados en la primera de las reuniones celebradas, a posteriori, o incluso en un reglamento de funcionamiento. En el acuerdo o en el reglamento debería indicarse: cómo van a celebrarse las sesiones, lugar de celebración de las reuniones, representantes de cada parte que vayan a firmar el acta, funciones del presidente, de los secretarios si se ha decidido designarlos, etc.”.

²⁰⁶⁹ Así se establece en el artículo 8.4., párrafo segundo de la Ley 31/2006. Por lo demás, este artículo, dejando a salvo la exigencia relativo a la firma de las actas, no concreta ningún otro requisito formal adicional, aunque resultará oportuno dejar constancia en el acta de los asistentes a la reunión, intervenciones y acuerdos adoptados, sistema de votación, etc. Véase CANO GALAN, Y., “Procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., pág. 151.

²⁰⁷⁰ En cuanto a la duración de las negociaciones el artículo 5 de la DITSE contiene dos previsiones, la primera de carácter general por la que se establece que las negociaciones “se iniciarán tan pronto como se haya constituido la CN y podrán proseguir durante los seis meses siguientes” (artículo 5.1), si bien, mediante la segunda se faculta a la autonomía de las partes para derogar la regla anterior, así el apartado 2 del citado artículo dispone que “las partes podrán decidir de común acuerdo prolongar las negociaciones... hasta un máximo de un año a contar desde la constitución de la CN”. Por su parte, el artículo 10.1 de la Ley 31/2006 reproduce, casi literalmente, el contenido del artículo 5 de la DITSE, concretando, el apartado 2 de dicho artículo 10, el *dies quo* a partir del cual ha de computarse el plazo de los seis meses, precisando que en el supuesto de que la CN no se haya constituido, por causas imputables a los representantes de los trabajadores, el plazo de seis meses empezará a contar desde la fecha en que la CN hubiera podido quedar válidamente constituida (artículo 10.2). Véase VALDÉS DAL-RE, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 216. Por su parte MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 136, entienden que no es necesario agotar el plazo de los seis meses “si con anterioridad se constata el fracaso de la negociación, entrando entonces en juego la aplicación de las disposiciones de referencia con la decisión de los órganos competentes de las sociedades participantes de continuar el procedimiento de registro de la SE y a partir de la fecha de su inscripción (*ex* artículo 7.1.b) Directiva; artículo 14 de la Ley 31/2006)”. Más adelante y en cuanto a la posibilidad de prorrogar el periodo de negociación hasta un máximo de un año contado desde la fecha de constitución de la CN, opinan que tal previsión “permite dar una oportunidad a las partes para llegar a un acuerdo que evite la aplicación subsidiaria de las disposiciones de referencia, a pesar de las dificultades iniciales que pudieran presentarse y que justifican la no adopción del mismo en el plazo inicial de los seis meses”.

El hecho de que se establezca un plazo tan breve, máxime si lo comparamos con el plazo de tres años establecidos por la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre de 1994, por la que se reguló el llamado Comité de empresa europeo, constituye una medida de presión de cara al banco empresarial, puesto que si no se logra llegar a un acuerdo se impondrán las disposiciones de referencia, disposiciones éstas que pueden ser contrarias a los intereses o necesidades empresariales, o bien, las sociedades participantes se verán obligadas a renunciar al proyecto de creación de una SE²⁰⁷¹.

B. RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA: REGLAS DE VOTACIÓN

En principio²⁰⁷², se adoptarán las decisiones por mayoría absoluta de sus miembros, que represente a una mayoría absoluta de los trabajadores²⁰⁷³. Cada miembro dispondrá de un voto²⁰⁷⁴.

En determinados supuestos se exige unas mayorías específicas. Tal y como ya he indicado con anterioridad, si la CN decide no iniciar las negociaciones, dar por finalizadas las negociaciones en curso²⁰⁷⁵, o cuando el resultado del acuerdo suponga una reducción de los derechos de participación ya existentes (cuando estos derechos de participación afectaran al menos a un veinticinco por ciento de los trabajadores en el caso de fusión, o al menos a un cincuenta por ciento en el caso de *holding* o filial común)²⁰⁷⁶, se requiere la

²⁰⁷¹ Véase ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C. *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 268.

²⁰⁷² Dejando a salvo los supuestos en que la DITSE (artículos 3.4 y 6) y la Ley 31/2006 (artículos 9.2 y 8.2, párrafo segundo) establezcan una mayoría específica. Esto es, cuando el resultado de las negociaciones determine una reducción de los derechos de participación de los trabajadores existentes en las sociedades participantes (artículo 3.4 de la DITSE y artículo 9.2 de la Ley 31/2006) y cuando se decida no iniciar las negociaciones o darlas por terminadas (artículo 3.6 de la DITSE y artículo 8.2, párrafo segundo de la Ley 31/2006).

²⁰⁷³ Tal y como indican ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C. *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 263, “la exigencia de dobles mayorías pone el acento en la legitimidad democrática, social del acuerdo: la CN debe expresar del modo más fidedigno posible la opinión de los trabajadores y su legitimidad se fundamenta en el respeto a ese mandato. El cálculo de esta doble mayoría será una exigencia inderogable en el proceso de toma de decisiones”.

²⁰⁷⁴ Así queda establecido en los artículos 3.4 de la DITSE y 9.1 de la Ley 31/2006. La principal dificultad estriba en el cumplimiento del segundo requisito relativo a “la representatividad de la mayoría absoluta de los trabajadores”, por lo que resultará conveniente que las normas nacionales de trasposición incluyan reglas que clarifiquen esta cuestión: en este sentido el artículo 29.1, párrafo tercero de la Ley 31/2006 dispone que “a los efectos de determinar la representatividad de los miembros de la CN, se respetará la representatividad que cada uno tenga atribuida en el acta de designación”, añadiendo que, “en el caso de no constar, se presumirá que todos los designados en representación de los trabajadores empleados en España representan al conjunto de dichos trabajadores”. Véase VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 132.

²⁰⁷⁵ La posibilidad de adoptar la decisión de no iniciar las negociaciones o de dar por finalizadas las ya iniciadas viene recogida en los artículos 3.6 de la DITSE y 8.2 de la Ley 31/2006. Ahora bien, tal y como señala CANO GALAN, Y., “Procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., pág. 156, “si bien la norma refiere a que el procedimiento se termina por ni siquiera iniciarse las negociaciones, la verdad es que se requiere al menos una negociación o discusión en el seno de la CN, ya que dicha decisión deberá adoptarse por acuerdo”.

²⁰⁷⁶ Así viene establecido en los artículos 3.4 de la DITSE y 9.2 de la Ley 31/2006. Debemos de recordar que en virtud del principio “antes-después” se limita la autonomía negociadora de manera que, en determinados supuestos que supongan una reducción de los derechos de participación ya existentes, se requiere unas mayorías específicas. Ahora bien, tal y como señalan parte MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La*

mayoría de los dos tercios de los miembros de la CN, que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de los miembros que representen a trabajadores contratados en, al menos, dos Estados miembros. Se entiende que hay reducción cuando se establece una proporción de representantes de los trabajadores inferior a la más alta de las existentes en las sociedades participantes²⁰⁷⁷.

Debo puntualizar que en el caso de constitución de una SE mediante transformación, no es posible la reducción de los derechos de implicación de los trabajadores²⁰⁷⁸, ni siquiera mediante mayorías cualificadas²⁰⁷⁹. Se exige que el acuerdo adoptado, en el caso de transformación, deberá estipular un nivel de implicación de los trabajadores equivalente al de todos los elementos de implicación existentes en la sociedad que vaya a transformarse en SE²⁰⁸⁰.

Cabe también señalar, en cuanto al régimen de funcionamiento de la CN, que puede elegir un Presidente de entre sus miembros y establecer un reglamento interno de funcionamiento²⁰⁸¹; que tiene derecho a reunirse con carácter previo a cualquier reunión que deba mantener con los órganos competentes de las sociedades participantes, sin la presencia

participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, ya cit., pág. 121, “aunque puede acordarse una proporción de miembros integrantes de los órganos societarios en los que pudieran influir los representantes del personal inferior a la más alta de las existentes con anterioridad, por efecto del principio «antes-después» no sería posible en ningún caso llegar a determinar por acuerdo una proporción inferior de aquella que fuera la más baja entre las sociedades participantes”.

²⁰⁷⁷ Véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 386.

²⁰⁷⁸ La referencia se hace, no sólo a los derechos de participación, sino a cualesquiera derechos de implicación que tuvieran los trabajadores. En este sentido se pronuncian MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 123, cuando dicen que “esta imposibilidad se extiende a cualquier otra «modalidad de implicación» diferente a la participación”, más adelante, añaden que “ello plantea el problema de delimitar los supuestos en que se da equivalencia cuando los sistemas de implicación tienen diferente naturaleza y alcance”.

²⁰⁷⁹ En efecto, el artículo 3.4 de la DITSE y el artículo 9.2 de la Ley 31/2006 regulan los diversos casos en los que se puede adoptar un acuerdo por mayoría cualificada que implique la reducción de los derechos de participación de los trabajadores (constitución por fusión, *holding* o filial), pero en el párrafo tercero del artículo 3.6 de la DITSE y en el último párrafo del artículo 9.2 de la Ley 31/2006 se establece que dicha regulación no “será de aplicación en el caso de una SE que se constituya mediante transformación”.

²⁰⁸⁰ Así se establece en los artículos 4.4 de la DITSE y 11.2 de la Ley 31/2006. Tal y como señala VALDÉS DAL-RE, F., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)”, ya cit., pág. 1100, “de una interpretación estrictamente literal de este precepto, puede deducirse que la equivalencia pide una implicación que sea resultado de la suma y no de la «media», de los derechos preexistentes; en otras palabras, veda al acuerdo el intercambio cualitativo de derechos, obligándole a la agregación cuantitativa de todos ellos”.

Este es otro de los supuestos en los que se limita la autonomía negociadora. En opinión de SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 135, “...supone imponer con toda su fuerza el principio antes-después”.

²⁰⁸¹ En efecto, a tenor de lo previsto en el artículo 9.3 de la Ley 31/2006, la CN dispone de autonomía organizativa, pudiendo elegir un Presidente de entre sus miembros y establecer un reglamento interno de funcionamiento. Asimismo, en opinión de CANO GALAN, Y., “Procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., pág. 146, “...nada obsta para que además se nombraran uno o varios secretarios que deberían levantar actas de las reuniones de dicha Comisión”. Por su parte, MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 124, consideran que “podría establecerse un voto de calidad del Presidente al objeto de evitar empates en la toma de decisiones cuando el número de miembros de la comisión fuese par. De la misma forma, nada impediría para los supuestos de desacuerdo prever la utilización de procedimientos autónomos para el desbloqueo de la toma de decisiones”.

de éstos²⁰⁸²; que cuando lo considere necesario, para el correcto desempeño de sus funciones, podrá estar asistida por expertos de su elección²⁰⁸³.

C. NORMAS DE CONFIDENCIALIDAD Y RESERVA

La DITSE establece que los Estados miembros, en relación con la información facilitada, preverán la imposición de los deberes de confidencialidad y reserva, tanto a los miembros de la CN, como a los del órgano de representación de la SE, a los representantes de los trabajadores en los procedimientos de información y consulta e incluso, a los expertos que les asistan, por tanto, no estarán autorizados para revelar a terceros la información que les haya sido comunicada con carácter de confidencial, independientemente del lugar en que se encuentren, e incluso, tras la extinción de su mandato²⁰⁸⁴.

La Ley 31/2006 reproduce en términos similares lo dispuesto en la DITSE, aunque añade que la trasgresión de la obligación de confidencialidad podrá dar lugar a responsabilidad de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales²⁰⁸⁵.

Asimismo, la DITSE establece que los Estados miembros preverán que, en casos específicos y en las condiciones y límites fijados por su legislación nacional, los órganos sociales de las sociedades participantes o de la SE no estarán obligados a comunicar determinadas informaciones que por su naturaleza pudieran, siguiendo criterios objetivos,

²⁰⁸² Este derecho viene recogido en el artículo 9.4 de la Ley 31/2006. Tal y como señalan MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 124, “se trata de una garantía instrumental que permite a la comisión negociadora, de forma reservada y sin injerencias empresariales, deliberar y articular la estrategia negocial y los contenidos posibles del acuerdo a alcanzar con los órganos competentes de las sociedades participantes”.

²⁰⁸³ A tenor de lo dispuesto, tanto en el artículo 3.5 de la DITSE, como en el artículo 9.5 de la Ley 31/2006, si la propia CN lo considera conveniente, para el correcto desempeño de sus funciones, podrá estar asistida por expertos de su elección, pudiendo ser designados como tales, los representantes de las organizaciones sindicales europeas correspondientes. También pueden los expertos concurrir a las deliberaciones con los órganos competentes de las sociedades participantes en calidad de asesores, siendo uno de sus cometidos el “facilitar que las disposiciones que se negocien sean coherentes con el ámbito comunitario en que se desenvuelven las actividades de la sociedad”. En este sentido MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 124, señalan que “las funciones de estos expertos son fundamentalmente técnicas y se centran en la promoción de la «coherencia a nivel comunitario»”.

²⁰⁸⁴ Así se establece en el artículo 8.1 de la DITSE. Por su parte, el artículo 22.1 de la Ley 31/2006 traspone, casi literalmente, el contenido del artículo 8.1 de la DITSE e impone a los miembros de la CN, del órgano de representación de los trabajadores, de los representantes que ejerzan sus funciones en el marco de los procedimientos de información y consulta, así como a los expertos por ellos designados el deber de no revelar a terceros la información que “les haya sido expresamente comunicada a título confidencial”. Dicho deber subsiste tras la expiración del mandato representativo y tiene vigencia con independencia del lugar donde el representante se encuentre. Véase VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 225. En el mismo sentido ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C. *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 282, señalan que “la reserva de confidencialidad se extiende al momento anterior a la creación de la SE, respecto de la información que se suministre sobre las sociedades participantes o la futura SE en el procedimiento de negociación y también al momento posterior a la creación de la SE, en el seno de los procedimientos de información y consulta, institucionalizados o no, que se puedan establecer”.

²⁰⁸⁵ Efectivamente, el artículo 22.1, último párrafo de nuestra Ley nacional determina que “la trasgresión de la obligación de confidencialidad podrá dar lugar a responsabilidad de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales”.

crear graves obstáculos al funcionamiento de esas sociedades o de sus filiales o establecimientos²⁰⁸⁶.

La Ley 31/2006 concreta, en determinada medida, cuales son las informaciones sobre las que se puede ejercer la reserva, hace referencia a “aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales” y añade que su divulgación, además de obstaculizar el funcionamiento, pueda “ocasionar graves perjuicios en la estabilidad económica” de la SE o, en su caso, de la sociedad participante o de sus respectivos centros de trabajo y empresas filiales. No obstante, a la facultad de reserva se le atribuye un carácter de excepcionalidad excluyendo, expresamente de esta excepcionalidad, el deber de informar sobre “aquellos datos que tengan relación con el volumen de empleo en la empresa”²⁰⁸⁷.

Por último, la DITSE establece que los Estados miembros deberán de prever los recursos administrativos o judiciales que puedan interponer los representantes de los trabajadores frente a los supuestos de exigencia de confidencialidad o reserva de información²⁰⁸⁸. La Ley 31/2006 determina que la impugnación de la decisión del órgano competente de atribuir carácter confidencial o de no comunicar determinadas informaciones se tramitará conforme al proceso de conflictos colectivos²⁰⁸⁹.

²⁰⁸⁶ Lo cierto es que el artículo 8.2 de la DITSE lo que hace es reenviar a las legislaciones nacionales la previsión de que, con carácter excepcional, los órganos de administración o control de la SE o de una sociedad participante no estén obligados a comunicar determinadas informaciones relativas a aquellas.

²⁰⁸⁷ En efecto, el artículo 22.2 de la Ley 31/2006 viene a concretar cuáles son esas informaciones. Tal y como señala VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 225, “una comparación entre los contenidos normativos del artículo 22.2 de la Ley 31/2006 y 8.2 de la DITSE evidencia que aquél ha procedido a concretar el contenido de éste, dotando de una mayor certidumbre jurídica a los supuestos de derogación del deber general de las sociedades de facilitar información a los órganos que articulan los derechos de implicación de los trabajadores”. Por otra parte, CRISTÓBAL RONCERO, R., “El Comité de Empresa Europeo en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, número 43, 2003, pág. 175, al referirse al artículo 22.2 de la Ley 10/1997, de 24 de abril sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que guarda cierto paralelismo con el aquí estudiado, puesto que recoge la excepción de comunicación de informaciones de carácter secreto, que consiste en el derecho de las empresas y grupos a no revelar, con carácter excepcional, «aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica», señala que la reserva se referirá a “determinadas informaciones que abarcan desde la «información tecnológica» (procedimientos de fabricación, reparación, características de rendimiento de la maquinaria, etc.) hasta «información no tecnológica» (*marketing*, organización interna de la empresa con sus clientes y proveedores, lista de clientes, etc.) y, cuya posible divulgación pueda provocar en la empresa un temor razonable a la competencia desleal por parte de otras empresas o a la hipotética repercusión en su prestigio empresarial, etc... En definitiva, la norma se remite al tradicional concepto de secreto empresarial que englobaría a las distintas clases ya mencionadas”.

²⁰⁸⁸ En consecuencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8.4 de la DITSE corresponderá a los Estados miembros la tarea de fijar los procedimientos administrativos o judiciales que permitan el cumplimiento del contenido normativo de dicho artículo. Nuestra Ley 31/2006 ha establecido que “la trasgresión de la obligación de confidencialidad podrá dar lugar a responsabilidad de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales” (artículo 22.1, párrafo tercero).

²⁰⁸⁹ Según dispone el artículo 36.3 de la Ley 31/2006, se tramitarán por el proceso de conflictos colectivos las impugnaciones sobre las informaciones reservada y el carácter de confidencialidad, así como los litigios relativos al cumplimiento, por parte de los representantes de los trabajadores y de los expertos que les asistan, de su obligación de confidencialidad. En este sentido QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., “Procedimientos judiciales sobre cuestiones litigiosas surgidas en aplicación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre”, *La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pág. 285, indica que “nos encontramos ante una decisión o práctica empresarial cuyo respeto se exige a los representantes de los trabajadores, y a los expertos que les asistan, por lo que entraría dentro del ámbito sustancial del proceso especial de conflictos colectivos”.

D. GASTOS

Los gastos de funcionamiento de la CN y en general los de las negociaciones correrán a cargo de las sociedades participantes; los gastos que deben de sufragarse serán los necesarios para que la CN pueda cumplir su misión adecuadamente. Los Estados miembros podrán fijar las normas relativas a la financiación del funcionamiento de la CN y además, podrán limitar la financiación a un solo experto²⁰⁹⁰.

La Ley 31/2006 concreta, además, que las sociedades participantes deberán sufragar los gastos de elección o designación de los miembros de la CN y los de organización de sus reuniones, incluidos los gastos de interpretación, manutención, alojamiento y viaje de sus miembros, limitando la financiación a un solo experto²⁰⁹¹.

E. PROTECCIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

La DITSE prevé la extensión de las garantías previstas para los representantes de los trabajadores en las legislaciones o prácticas nacionales a los miembros de la CN y del órgano de representación y en general, a los representantes de los trabajadores en los procedimientos de información y consulta, y en los órganos de administración o control de la SE²⁰⁹². Se concederá a estos representantes de los trabajadores el denominado crédito

²⁰⁹⁰ Así se establece en el artículo 3.7 de la DITSE. En relación con este artículo VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 216 señala que “...la norma comunitaria instituye dos previsiones. La primera tiene carácter material y su estructura normativa es muy abierta. En concreto, el párrafo primero de ese precepto establece que los gastos de funcionamiento de las negociaciones «correrán a cargo de las sociedades participantes de manera que la CN pueda cumplir su misión adecuadamente». La segunda previsión, en cambio, tiene una naturaleza formal, ya que es una norma de reenvío. El párrafo segundo de aquel artículo, en efecto, efectúa una remisión a las Leyes nacionales de cada Estado para la fijación «de las normas relativas a la financiación del funcionamiento» de la CN, «respetando estos principios»: es decir, los principios de la anterior previsión. El precepto de la Directiva concluye señalando que las legislaciones nacionales también podrán limitar la financiación a «un solo experto». En opinión de SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., págs. 133-134, la regla relativa a la posibilidad de que los Estados miembros puedan limitar la financiación a un solo experto “tiene una doble virtualidad: de una parte permite que las normas de trasposición restrinjan la obligación de financiación limitándola a un experto; de otra, establece un mínimo indisponible y vinculante para aquellas normas por cuanto obliga a financiar siempre a un experto”.

²⁰⁹¹ En efecto, el artículo 9.7 de nuestra Ley nacional se limita, en su primer párrafo a reproducir lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 3.7 de la DITSE, pero en el segundo párrafo procede a concretar los gastos mínimos. En opinión de SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 133, esta concreción reviste carácter puramente enunciativo, “los términos empleados por el precepto evidencian que no se trata de un *numerus clausus* y que la obligación de las sociedades participantes no se limita al pago de los gastos referidos”.

²⁰⁹² A tenor de lo dispuesto en el artículo 10, párrafo primero de la DITSE, “los miembros de la CN y los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta y los representantes de los trabajadores que sean miembros del órgano de control o de administración de la SE, siempre que todos ellos tengan al tiempo la condición de trabajadores de la SE, de sus centros de trabajo o de sus empresas filiales o sociedades participantes, tienen reconocido en el ejercicio de sus funciones una serie de garantías tendentes a preservar su indemnidad mientras ejerzan sus funciones representativas”. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Disposiciones subsidiarias y comunes aplicables a las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, *La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 223-224.

No obstante, teniendo en cuenta que los representantes comunitarios de los trabajadores gozarán “en el ejercicio de sus funciones, de la misma protección y garantías previstas para los representantes de los trabajadores en la legislación o en la práctica nacional vigente en su país de empleo”, puede haber diferencias sustanciales en función de las normas o prácticas que sean aplicables a los representantes nacionales de los trabajadores dentro de cada Estado miembro; en este sentido MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., “Las fórmulas de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”, ya cit., pág. 91, dice que “nada impide, sin embargo, que mediante acuerdo expreso entre los órganos competentes de la SE y los representantes o mediante previsión expresa en el acuerdo de implicación, se refuerce ese mínimo o se establezca un régimen

horario a efectos de que puedan participar en las reuniones necesarias para el desempeño de sus funciones; el tiempo que empleen en el desempeño de las funciones propias de su cargo deberá de ser retribuido²⁰⁹³.

La Ley 31/2006 reproduce en términos similares lo dispuesto en la DITSE²⁰⁹⁴, pero además, añade que los representantes de los trabajadores elegidos en centros de trabajo situados en España, que sean miembros de la CN y del órgano de representación, que participen en los procedimientos de información y consulta, o que formen parte del órgano de administración o control de la SE, gozarán de la protección y garantías establecidas en el ET (salvo en lo relativo al crédito horario previsto en el artículo 68.e) y en la LOLS²⁰⁹⁵.

A pesar de que carecen del crédito horario previsto en el ET, se les otorga el derecho a los permisos retribuidos necesarios para asistir a las reuniones de la CN, del órgano de representación, o a las reuniones que se celebren en el marco del procedimiento de información y consulta que en su caso se haya acordado, así como a las reuniones del órgano de administración o de control del que formen parte²⁰⁹⁶. Además, a los miembros de

protector homogéneo (equivalente al más protector de todos los regímenes nacionales de garantías concurrentes)”.

²⁰⁹³ Así se recoge en el artículo 10, párrafo segundo de la DITSE. Tal y como señala ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C. *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 283, “la Directiva hace hincapié en las garantías dispensadas a los representantes de los trabajadores para que puedan acudir a las reuniones derivadas de su cargo. Se trata del llamado en nuestra doctrina «crédito horario», por el que se ponen a disposición del representante del personal un determinado número de horas «a expensas de la jornada laboral, para el desempeño de su función representativa», las cuales deberán estar retribuidas por el empresario”.

²⁰⁹⁴ En efecto, el artículo 23 de la Ley 31/2006 dispone que la protección y las garantías que se reconocen a los miembros de la CN y del órgano de representación y los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta y los representantes de los trabajadores que sean miembros del órgano de control o de administración de la SE, que a su vez sean trabajadores de la SE, de sus centros de trabajo o de sus empresas filiales o sociedades participantes, se concretan en aquellas previstas para los representantes de los trabajadores por las normas nacionales del país en el que prestan sus servicios.

²⁰⁹⁵ Así se recoge en el artículo 31.1 de nuestra Ley nacional. En consecuencia, tal y como señala SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Disposiciones aplicables a los centros de trabajo y filiales en España de Sociedades Europeas”, *La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 245-246, “...resultan de aplicación a los representantes mencionados las garantías y prerrogativas previstas en el artículo 68 del ET, con la excepción citada. De este modo, pues, los mencionados privilegios ven ampliado su ámbito de aplicación subjetivo: no sólo disfrutaban de ellos los miembros de la representación unitaria en la empresa, la representación sindical (artículo 10.3 LOLS), los miembros del Comité de empresa europeo (artículos 21 y 28 de la Ley 10/1997) y los delegados de prevención (artículo 37 de la Ley 21/1995, de Prevención de Riesgos Laborales), sino ahora también los representantes en las sociedades europeas”.

Por otro lado, debo señalar que el régimen de garantías contenido en el artículo 68 del ET debe ser considerado como un régimen de mínimos, puesto que en los convenios colectivos podrán establecerse mayores garantías. En este sentido MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 241, señalan “...parece que no existen problemas insalvables para que en los acuerdos a los que se lleguen sirvan de base también para una mejora de tales garantías o medios de protección”.

²⁰⁹⁶ A tenor de lo dispuesto en el artículo 31.2 de la Ley 31/2006, y a pesar de las previsiones contenidas en el apartado precedente, en cuanto al denominado crédito horario, dispondrán de los permisos retribuidos que fueran necesarios para acudir a las reuniones de la CN, del órgano de representación, a las que se celebren en el marco del procedimiento de información y consulta y a las del órgano de administración o control del que formen parte. En este sentido MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 244, señalan que “de la simple lectura del precepto se deduce como el legislador español parece ignorar que no todos los representantes han de ser trabajadores de la empresa. De esta forma, la Ley

la CN, del órgano de representación y a los representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de administración o de control de la SE²⁰⁹⁷ se les concede un crédito de sesenta horas anuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones, adicionales a las que tengan en su condición de representantes nacionales. Ahora bien, este derecho se establece de forma supletoria, en defecto de disposiciones específicas en el acuerdo por el que se haya constituido dicho órgano²⁰⁹⁸.

4. FIN DEL PROCESO: EL CONTENIDO DEL ACUERDO

El proceso de negociación, tal y como ya he señalado con anterioridad, puede finalizar porque la CN decida dar por terminadas las negociaciones una vez empezadas, en cuyo caso se aplicarán las normas sobre información y consulta vigentes en los Estados miembros en los que la SE tenga trabajadores²⁰⁹⁹, pero también puede concluir con la adopción de un acuerdo que determine el modelo de implicación que se va a aplicar o mediante un acuerdo donde se decida expresamente que serán de aplicación las normas de referencia²¹⁰⁰.

31/2006 debería garantizar la asistencia a las reuniones de todos los representantes, independientemente de que en ellos concurra o no tal condición”. Más adelante añaden que “resulta criticable, la regulación de los permisos retribuidos para la asistencia a las reuniones previstas” puesto que “el ámbito de garantía retributiva se restringe al tiempo necesario para la «asistencia a las reuniones», mientras la protección prevista en la norma comunitaria se extiende a todo el «periodo de ausencia necesario para el ejercicio de sus funciones». Esta protección es de mayor alcance y es, precisamente, la que debemos defender”, consideran, además, que “el objeto de cobertura ha de extenderse a cualquier tipo de reunión y, de esta forma, se evitaría posible colisión con la ordenación que señala el artículo 10 de la Directiva 2001/86/CE”.

²⁰⁹⁷ Según lo dispuesto en el artículo 31.3 de la Ley 31/2006. No se contempla, a estos efectos, a los “que participen en el procedimiento de información y consulta”, a los que sí hace referencia el apartado 1 y 2 de este artículo 31.

²⁰⁹⁸ Las previsiones indicadas quedan recogidas en el artículo 31.3. Es decir, si hay órgano de representación por acuerdo, se podrá incluso suprimir ese crédito adicional; pero no si el órgano de representación deriva de la aplicación de las normas de referencia por falta de acuerdo. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 405. Por su parte MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 245, consideran que “esas sesenta horas retribuidas al año que se conceden al representante trasnacional debemos interpretarlas como derecho mínimo. La doctrina, a propósito del análisis del Comité de empresa europeo, calificó de insuficiente este número de horas y trajo a colación como ejemplo otras normas de trasposición de otros países europeos donde estas representaciones disponen del tiempo necesario para la realización de sus funciones sin someterlo a límite alguno. Quizás, también, esta misma interpretación puede ser defendida en lo que afecta a esta otra materia: implicación de los trabajadores en las sociedades europeas”.

²⁰⁹⁹ Esta decisión, de dar por finalizadas las negociaciones, debe de adoptarse por mayoría cualificada (voto favorable de dos tercios de los miembros de la CN que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de miembros que representen a trabajadores de la menos dos Estados miembros); y además, no se podrá adoptar una decisión, de este tipo, en el caso de la SE por transformación, si en la sociedad transformada ya existía participación. En opinión de CANO GALAN, Y., “Procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., pág. 157, “la razón de ser de dicha prohibición es no disminuir los derechos de participación de los trabajadores existentes con anterioridad a la transformación sin ni siquiera haber discutido sobre los mismos”. En cualquier caso, considero que, en aplicación del principio antes-después, se impide que puedan adoptarse tales decisiones en los supuestos de constitución de una SE mediante transformación cuando en la sociedad que va a transformarse se aplique un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control (artículo 3.6, párrafo tercero de la DITSE y último párrafo del artículo 9.2 de la Ley 31/2006).

²¹⁰⁰ En este supuesto las normas subsidiarias serían de aplicación directa por decisión expresa de las partes, según lo previsto en el artículo 7.1.a) de la DITSE y 14.1.a) de la Ley 31/2006. En consecuencia, las partes podrán optar por establecer las modalidades de implicación que tengan por conveniente dentro de las categorías configuradas en el Anexo de la DITSE (relativo a las disposiciones de referencia) que deberán ser

Ahora bien, puede suceder que finalice el plazo (legal o prorrogado)²¹⁰¹ sin que las partes hayan logrado alcanzar ningún acuerdo, en cuyo caso se aplicaran supletoriamente las disposiciones de referencia siempre que las sociedades implicadas persistan en su idea de constituir una SE y acepten la aplicación de las mencionadas disposiciones de referencia²¹⁰².

El acuerdo que refleje el modelo de implicación adoptado debe de establecerse por escrito²¹⁰³ y en el mismo se deberá de hacer constar, además de la identidad de las partes

traspuestas por los derechos nacionales; es decir, normas de referencia sobre “información y consulta” (Parte 2 del Anexo) y normas de referencia sobre “participación” (Parte 3 del Anexo). Ahora bien, en relación con la aplicación de las normas de referencia sobre participación, debe de considerarse que la autonomía de las partes negociadoras no deberá de verse limitada por los porcentajes exigidos que determinan el mantenimiento de los sistemas de participación, salvo que así lo acepten. En este sentido CASAS BAAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)”, ya cit., págs. 1059-1060, señala: “en concreto, en cuanto a la participación, el artículo 7.2.b) y c) de la DITSE subordina la aplicación de las disposiciones de referencia a la decisión en tal sentido de la CN si, antes de la inscripción de la SE, existían formas de participación en una o más de las sociedades participantes cuando esas formas de participación afectaban a menos del 25 por 100 de los trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes en los casos de constitución de la SE por fusión; o a menos del 50 por 100 en los de constitución de la SE por *holding* o filial común. Pues bien, hay que entender que tales porcentajes –y los referidos a la aplicación de las disposiciones de referencia sobre participación sin necesidad de la decisión en tal sentido de la CN– no limitan la autonomía de la CN si las partes de la negociación convienen en aplicar las disposiciones de referencia. En otros términos, los porcentajes de trabajadores que marcan el mantenimiento de los sistemas de participación al aplicarse las disposiciones de referencia por fracaso de la negociación y se configuran como requisito de aplicación en las relativas a la participación disponible por la CN, no rigen en el caso de que las partes negociadoras alcancen un acuerdo cuyo contenido sea el de aplicar las disposiciones de referencia sobre participación, salvo que dichas partes negociadoras deseen lo contrario y acepten también la eficacia delimitadora de esos porcentajes.

En definitiva, la autonomía negocial es soberana para decidir la aplicación de las disposiciones de referencia con los mismos límites procedimentales materiales, formales y temporales que enmarcan su actuación dirigida a acordar otros modelos de implicación de los trabajadores”.

Por su parte la Ley 31/2006 recoge, en su artículo 14 y en términos similares, las especiales reglas indicadas en los párrafos precedentes para la aplicación de las disposiciones de referencia en materia de participación.

²¹⁰¹ A tenor de lo previsto en el artículo 10 de la Ley 31/2006 que traspone el artículo 5 de la DITSE “las negociaciones se iniciaran tan pronto como se haya constituido la CN y podrán proseguir durante los seis meses siguientes” (plazo legal); si bien, de mutuo acuerdo las partes podrán prorrogar el periodo de negociación hasta un máximo de un año contado desde la fecha de constitución de la CN (plazo prorrogado). Transcurrido el plazo legal inicial o el prorrogado, en su caso, las negociaciones deberán de considerarse concluidas sin acuerdo y serán de aplicación las normas subsidiarias. En el caso español las normas del Capítulo II del Título I de la Ley 31/2006.

²¹⁰² En efecto, a tenor de lo dispuesto, tanto en el artículo 7.1.b) de la DITSE (en relación con el artículo 3.6.), como en el artículo 14.1.b) de la Ley 31/2006 (en relación con el artículo 8.2.), la aplicación de las disposiciones de referencia, en los supuestos en los que no se llegue a un acuerdo, se condiciona a dos circunstancias, una negativa, cual es que la CN no haya decidido someterse a las disposiciones sobre información y consulta y otra positiva, consistente en que los órganos competentes de las sociedades participantes decidan aceptar la aplicación de las disposiciones subsidiarias continuando con el proceso de registro de la SE. Véase MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 183.

²¹⁰³ Según lo dispuesto en los artículos 3.3 de la DITSE y 12.2 de la Ley 31/2006. Tal y como señala SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 137, “también en materia de formalización se siguen los criterios adoptados en la transposición de la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre, dado que el artículo 12.2 de la Ley 31/2006, obliga a la formalización escrita del acuerdo bajo sanción de nulidad y también a su registro, depósito y publicación conforme a lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 90 del ET”. Por su parte MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 164, manifiestan que, teniendo en cuenta que el acuerdo se somete a los requisitos de registro, depósito y publicidad (siendo el requisito de publicidad propio de las normas jurídicas), “estamos ante un producto negocial que despliega la misma eficacia normativa y personal general que es propia de nuestro convenio colectivo”, más adelante añaden que en consecuencia “no parece dudosa la posibilidad de que el

implicadas y su ámbito de aplicación, una serie de menciones obligatorias que constituyen el contenido mínimo, pudiendo, además, las partes incorporar otros extremos de su interés.

El contenido mínimo del acuerdo variará en función del modelo adoptado²¹⁰⁴ (establecimiento de un órgano de representación que ejercerá los derechos de información y consulta²¹⁰⁵, o bien otro u otros procedimientos de información y consulta²¹⁰⁶, o normas de

cumplimiento de sus cláusulas de contenido normativo puedan ser objeto de control administrativo (con sanciones administrativas frente a sus incumplimientos), y en general, el respeto de su contenido goza de la tutela judicial”.

En cuanto a la eficacia jurídica, el acuerdo adoptado obliga a todos los centros de trabajo de la SE y de sus filiales incluidos dentro de su ámbito de aplicación, así como a sus trabajadores respectivos, durante todo el tiempo de su vigencia. En consecuencia, tratándose de una SE domiciliada en España, obliga a todos los centros y filiales incluidos en su ámbito, aunque estén situados en otro Estado miembro (artículo 12.1 de la Ley 31/2006). Por tanto, se está otorgando al acuerdo una eficacia general *erga omnes*. Véase VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 219.

²¹⁰⁴ Dejando a salvo el hecho de que las partes tienen autonomía negocial para la configuración del contenido del acuerdo, lo cierto es que, tanto la DITSE (artículo 4), como la Ley 31/2006 (artículo 11) establecen un contenido mínimo que tiene un componente común, con independencia de cuál sea la modalidad de implicación establecida y un componente específico, en función de la modalidad de implicación por la que se haya optado. Véase, en relación con las distintas modalidades de implicación como resultado del acuerdo, ESTEBAN VELASCO, G., “La implicación de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea en la Ley 31/2006 de trasposición de la Directiva europea”, ya cit., págs. 186-188; MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., págs. 154-158; SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., págs. 137-138. Además, los indicados autores (a excepción de SOLÀ MONELLS), al igual que ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C. *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 269, hacen referencia al “contenido mínimo del acuerdo”, “contenido mínimo obligatorio”, “menciones obligatorias”. Por el contrario, INSA PONCE DE LEÓN, L. F., “La implicación de los trabajadores en la «Societas Europaea»”, ya cit., pág. 422, opina que “desde una perspectiva de conjunto la DITSE y la Ley de implicación (en su artículo 11.1) no vienen a fijar un contenido mínimo que el acuerdo deba necesariamente incluir... dejando a salvo, obviamente, la determinación de la implicación misma que deba existir en la SE, único contenido real y estrictamente obligatorio del acuerdo y sin el cual el mismo no podrá ser reconocido. Por lo demás...entiende que el acuerdo no está necesariamente obligado a incorporar a su texto todas y cada una de las estipulaciones mencionadas en el catálogo contenido en dichos artículos, aunque sí sería conveniente que lo hiciese”. En este mismo sentido se pronuncian SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 137; VALDÉS DAL-RÉ, F., “El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea a través de la negociación colectiva”, ya cit., pág. 12, donde recoge que “el artículo 4.2 de la Directiva 2001/86 establece un elenco de estipulaciones que el acuerdo, «sin perjuicio de la autonomía de las partes», ha de contener. Enjuiciado desde una perspectiva de conjunto, este listado no define lo que utilizando expresiones normativizadas en nuestra legislación (véase el artículo 85.3 del Estatuto de los Trabajadores), pudiera calificarse como contenido mínimo de todo acuerdo de implicación. Una interpretación sistemática de todas las estipulaciones recogidas en ese pasaje legal así lo confirman...”; CASAS BAAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación negociada)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 117, mayo-junio 2003, págs. 405-406, señala que “aunque la redacción del artículo 4.2 de la Directiva es próxima a la del artículo 85.3 de nuestro Estatuto de los Trabajadores («sin perjuicio de la libertad de contratación..., los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo lo siguiente...», dice este último; «sin perjuicio de la autonomía de las partes,... el acuerdo... entre los órganos competentes de las sociedades participantes y la CN establecerá...», señala el artículo 4.2 de la Directiva), no se configura en la Directiva un contenido mínimo necesario de los acuerdos de implicación, salvo, naturalmente, la implicación misma, único contenido necesario de estos acuerdos sin el que ni siguiera son reconocibles. De este planteamiento parte la Directiva en la que los acuerdos, si se celebran, fijan las disposiciones o normas sobre la implicación de los trabajadores en la SE”.

²¹⁰⁵ En este supuesto se trata de la constitución de un órgano de representación (es un modelo propio de sistemas como el español –Comité de empresa–) que será el interlocutor del órgano de dirección o administración de la SE (órgano competente de la SE, según el sistema por el que se opte dual o monista); a

participación²¹⁰⁷), pero la DITSE prevé un contenido común relativo a la fecha de entrada en vigor, duración, supuestos en que el acuerdo deberá de renegociarse y el procedimiento para su renegociación²¹⁰⁸.

través del órgano de representación se ejercerán los derechos de información y consulta de los trabajadores de la SE y de sus filiales y centros de trabajo. Cuando se adopte este modelo de implicación se deberá hacer constar con carácter específico: la composición del mismo, el número de miembros y la distribución de sus puestos, la duración de su mandato, las atribuciones y procedimiento de información y consulta, la frecuencia de sus reuniones, (artículos 4.2. b), c) d) y e) de la DITSE y 11.1. c), d) e) y f) de la Ley 31/2006).

Lo cierto es que, tal y como señala INSA PONCE DE LEÓN, L. F., esta modalidad de implicación es la más conocida por la mayoría de las legislaciones y prácticas nacionales de los Estados miembros y quizás por ello es la modalidad que cuenta, tanto en la DITSE, como en nuestra Ley nacional con un mayor tratamiento, lo que también puede ser reflejo de una preferencia por dicha modalidad de implicación. Véase INSA PONCE DE LEÓN, L. F., “La implicación de los trabajadores en la «Societas Europaea»”, ya cit., pág. 412.

²¹⁰⁶ Cabe la posibilidad de que durante las negociaciones las partes decidan establecer uno o más procedimientos de información y consulta en lugar de establecer un órgano de representación; en este supuesto el acuerdo deberá regular las modalidades de aplicación de dichos procedimientos (artículos 4.2. f) de la DITSE y 11.1. g) de la Ley 31/2006). Tal y como señala CANO GALAN, Y., “Procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., pág. 174, “...será preciso que se identifiquen con claridad dichos procedimientos, así como se concreten las funciones a llevar a cabo en cada uno de ellos, sujetos afectados por dichos procedimientos, etc.”. En este mismo sentido MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 156, manifiestan que “...será conveniente –para la propia efectividad de tales mecanismos– que en el acuerdo se determinen las materias objeto de tales procedimientos, y una regulación del momento (antelación mínima a la adopción de la medida empresarial) y forma en que deberán realizarse”. Por su parte, ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, ya cit., págs. 157-158, considera que esta es una modalidad de implicación “informal o flexible” y que su puesta en práctica no se instrumenta “a través de un canal institucionalizado en sentido estricto, sino a través de uno o varios procedimientos como puede ser la celebración de reuniones, con los representantes sindicales o laborales según las prácticas nacionales, comunicaciones directas... Esta opción tiene interés para aquellos Estados miembros (como p.ej. el Reino Unido) en los que la representación de los trabajadores está menos institucionalizada, con diversos principios y prácticas que dificultan la adopción de fórmulas unitarias. De todas formas el acuerdo debe señalar cuáles son y cómo se pondrán en práctica esos procedimientos alternativos adoptados a sus circunstancias particulares con el fin de que se conforme un marco jurídico negocial identificable y exigible”.

²¹⁰⁷ El proceso de negociación también ha podido concluir con la adopción de un acuerdo por el que se establezcan normas de participación en los órganos societarios; en este caso se requiere que el acuerdo contenga “los elementos esenciales de dichas normas, incluida, en su caso, la determinación del número de miembros del órgano de administración o de control de la SE que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar o recomendar o a cuya designación tendrán derecho a oponerse, de los procedimientos a seguir para ello y de sus derechos” (artículos 4.2.g) de la DITSE y 11.1.h) de la Ley 31/2006). Esta opción, no contemplada en la Directiva 94/45, relativa a los Comités de Empresa Europeos, tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, ya cit., pág. 158 “abre la puerta al llamado modelo de representación integrada en la estructura de administración societaria”. Este sistema de implicación, según manifiesta INSA PONCE DE LEÓN, L. F., es una fórmula complementaria y opcional respecto a las dos anteriores y por tanto, podemos encontrarnos con distintas posibilidades, que en el acuerdo de implicación se opte, bien por establecer un “órgano de representación” y simultáneamente fijar “normas de participación” o, bien que se fijen “normas de participación”, prescindiendo de la creación de un “órgano de representación”. Véase INSA PONCE DE LEÓN, L. F., “La implicación de los trabajadores en la «Societas Europaea»”, ya cit., págs. 418-421.

²¹⁰⁸ En efecto, el artículo 11.1.i) de la Ley 31/2006 traspone el artículo 4.2.h) de la DITSE ordenando que en el acuerdo se establezca “la fecha de entrada en vigor de acuerdo, su duración y las condiciones de su denuncia, prórroga y renegociación”. Tal y como señala VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 218, “estas cinco menciones forman parte, pues, del contenido obligatorio de todo acuerdo. No obstante ello, la Ley nacional contempla la hipótesis de inobservancia por parte de algún acuerdo de implicación de incorporar a su contenido todas o alguna de esas menciones, estableciendo un conjunto de reglas supletorias cuya aplicación se activa exclusivamente en defecto de pacto”. Por el contrario SOLÀ MONELLS, X., considera que no se está estableciendo un contenido mínimo obligatorio que condiciona la validez del acuerdo, puesto que, una

La Ley 31/2006 establece que, en defecto de pacto en el acuerdo sobre su vigencia, prórroga, denuncia o renegociación, se presume que el acuerdo es de duración indefinida; que el órgano de representación de los trabajadores o, en su caso, los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento de información y consulta podrán denunciar el acuerdo con una antelación mínima de seis meses (si el acuerdo tuviera vigencia indefinida o no se hubiere fijado periodo de vigencia, los seis meses de antelación lo serán con referencia a un periodo de cuatro años que se contarán desde la vigencia inicial); que el acuerdo se prorroga por un periodo igual en caso de falta de denuncia; que denunciado y vencido el acuerdo, éste se mantendrá en vigor hasta que se alcance uno nuevo (o sean de aplicación las disposiciones de referencia) y que se renegociará por una CN o por el órgano de representación de los trabajadores²¹⁰⁹.

Sin embargo, existen ciertos límites a la autonomía de la voluntad negociadora, puesto que en el caso de constitución de una SE por transformación los derechos de implicación acordados tienen que ser, al menos, equivalentes a los que existían en la sociedad que se transforma y, en los supuestos de constitución mediante fusión, *holding* o filial, si se reducen los derechos de participación existentes y éstos afectaban, al menos, al veinticinco por ciento de los trabajadores (en el caso de constitución por fusión), o al cincuenta por ciento de los trabajadores (en el caso de constitución mediante *holding* o filial), el acuerdo deberá de tomarse por mayoría cualificada de dos tercios.

Debo destacar la curiosa circunstancia de que las partes del proceso negociador (CN y representantes de las sociedades participantes en el proceso constitutivo) firmantes del correspondiente acuerdo no quedan vinculadas al mismo, ya que éste afectará a la SE de nueva constitución, que una vez registrada adquirirá personalidad jurídica (recordemos que para ello debe de adoptarse el correspondiente acuerdo sobre la implicación de los trabajadores) y a sus trabajadores²¹¹⁰.

Finalmente, indicaré que los estatutos de la SE, según lo previsto en la Ley 31/2006, en ningún caso podrán ser contrarios a las disposiciones sobre implicación de los

interpretación lógica y sistemática, conectada con los artículos 11.3 y 13 de la Ley 31/2006 lleva a una respuesta negativa, al menos en lo que refiere a algunos de los contenidos enumerados, dado que se articula un régimen supletorio para el caso de que el acuerdo no incorpore dichos contenidos. Véase SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 137.

²¹⁰⁹ Así viene establecido en el artículo 13 de la Ley 31/2006. En cuanto a estas reglas supletorias sobre vigencia, prórroga, renuncia y renegociación del acuerdo, puede consultarse CANO GALAN, Y., “Procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., págs. 178-183; MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., págs. 165-167; VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 218. Por su parte SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 138, opina que “una de las aportaciones más significativas de la Ley 31/2006 son las reglas supletorias contenidas en su artículo 13 sobre vigencia, prórroga, denuncia y renegociación del acuerdo. El establecimiento de tales reglas no está previsto en la DITSE pero había sido reclamado por el Grupo de Expertos SE para afrontar el problema generado por la modificación sobrevenida de circunstancias en las que fue suscrito el acuerdo...”

²¹¹⁰ En cuanto a la naturaleza y régimen jurídico de los acuerdos, véase CASAS BAAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)”, ya cit., págs. 1060-1065. Concretamente en la pág. 1060 se recoge que “los acuerdos se celebran entre las partes que en la negociación han representado a los trabajadores de las sociedades participantes en la constitución de la SE y de sus filiales y establecimientos y a las propias sociedades participantes, con el objeto de definir el modelo de implicación de los trabajadores en la futura SE. Pero no vinculan a sus negociadores y firmantes...en muchas ocasiones llamados a desaparecer, sino a los terceros para los que se han celebrado: a la SE registrada y al conjunto de entidades empresariales y de trabajadores que la integran”.

trabajadores recogidas en el acuerdo que pone fin al proceso negociador²¹¹¹ y a mayor abundamiento, el Reglamento del Registro Mercantil establece que, entre otras circunstancias que deben de acreditarse para la inscripción de una SE, se hará constar la existencia de un acuerdo de implicación de los trabajadores conforme a la legislación aplicable, a cuyo efecto se acompañará a la escritura certificación comprensiva de su contenido, expedida por la autoridad laboral competente²¹¹².

VII. LAS DISPOSICIONES NACIONALES DE REFERENCIA

Las disposiciones nacionales de referencia, tal y como he señalado con anterioridad, se aplicarán, bien cuando las partes así lo hayan acordado expresamente o bien, cuando haya transcurrido el plazo legal o prorrogado sin que se haya logrado alcanzar ningún acuerdo, pese a lo cual se decida seguir adelante con el proceso de constitución de la SE²¹¹³.

La DITSE impone a los Estados miembros²¹¹⁴ la obligación de transponer las tres partes de su Anexo²¹¹⁵: Parte 1. Composición del órgano de representación de los

²¹¹¹ Así viene establecido en el artículo 12.3 de la Ley 31/2006; asimismo, el artículo 12.4. del RESE dispone que “los estatutos de la SE en ningún caso podrán ser contrarios a las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores que se hayan fijado. Cuando en virtud de la Directiva 2001/86/CE se determinen nuevas disposiciones en materia de implicación que sean contrarias a los estatutos existentes, éstos habrán de ser modificados en la medida necesaria”. En relación con la previsión contenida en el artículo 12.3 de la Ley 31/2006 MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 164, señalan que “se trata de una manifestación sustancial de la relevancia «societaria» que conlleva el acuerdo colectivo, e implica que el contenido regulativo de los estatutos de la SE han de tener presentes el modelo de implicación elegido y su regulación concreta en el acuerdo, al objeto de evitar cualquier contradicción”.

²¹¹² Según lo previsto en el apartado 3 del artículo 114 del Reglamento del Registro Mercantil (este apartado ha sido añadido al artículo 114 en virtud del Real Decreto 659/2007, de 25 de mayo, por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, para su adaptación a las disposiciones de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España). Por consiguiente, el registrador, a la hora de proceder a la inscripción de la SE, podrá constatar si los estatutos están en contradicción con las disposiciones sobre implicación de los trabajadores recogidas en el acuerdo, puesto que, la certificación comprensiva del contenido del acuerdo será uno de los documentos acompañados a la escritura de constitución.

²¹¹³ Según manifiesta MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “El procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España: disposiciones subsidiarias y comunes”, *Noticias de la Unión Europea*, número 287, diciembre 2008, pág. 15, “el objeto último de estas disposiciones subsidiarias se concreta en evitar que un posible fracaso en las negociaciones entre las partes se convierta en un impedimento a la constitución de la SE, pues no es posible el registro de una sociedad de este tipo sin que se contemplen fórmulas de implicación de los trabajadores”.

²¹¹⁴ El legislador español ha procedido a la trasposición de dichas disposiciones de referencia en el Capítulo II del Título I, artículos 14 y siguientes de la Ley 31/2006, en los que se regula la práctica totalidad de los derechos de los trabajadores en materia de implicación. Tal y como señala SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 139, “el margen de maniobra que tiene la norma de trasposición resulta...bastante limitado, dado que la regulación comunitaria es bastante detallada y deja escasos espacios a los Estados miembros. El significado y alcance de las disposiciones subsidiarias, e incluso de los supuestos donde resultan de aplicación, queda predeterminado por el Derecho comunitario, limitándose la Ley 31/2006 a introducir algunas reglas complementarias sobre aspectos puntuales”.

²¹¹⁵ A tenor de lo dispuesto en el artículo 7.1. Como indica VALDÉS DAL-RÉ, F., en una apreciación de conjunto, la DITSE ofrece mayores estímulos a favor del modelo convencional de implicación que los que brinda el modelo “legal” (está haciendo alusión a las disposiciones de referencia). Lo cierto es que el contenido mínimo enunciado en el Anexo puede actuar como referente del contenido del acuerdo sobre implicación, facilitando a las partes negociadoras juicios de valoración comparativa. Pero no es menos verdad que para un afinado cálculo de ventajas y desventajas entre ambos modelos, el convencional y el legal, las partes negociadoras han de ponderar elementos distintos derivados de ese juicio; han de tener en cuenta los complejos criterios determinantes de la aplicación de las disposiciones de referencia. Véase VALDÉS DAL-

trabajadores. Parte 2. Disposiciones de referencia sobre información y consulta. Parte 3. Disposiciones de referencia para la participación, no obstante, las disposiciones nacionales sobre participación (a las que hace referencia esta última parte) sólo se aplicarán:

En el caso de una SE constituida mediante transformación, si las normas de un Estado miembro relativas a la participación de los trabajadores en el órgano de administración o de control ya se aplicaban²¹¹⁶.

En el caso de una SE constituida mediante fusión, si antes de la inscripción de la SE ya se aplicaban una o más formas de participación en una o más de las sociedades participantes que afectasen, al menos, al veinticinco por ciento del total de trabajadores empleados en el conjunto o a un porcentaje menor, si la CN así lo decide²¹¹⁷.

En el caso de una SE constituida mediante la creación de una sociedad *holding* o filial, si antes de la inscripción de la SE ya se aplicaban una o más formas de participación en una o más de las sociedades participantes que afectasen, al menos, al cincuenta por ciento del total de trabajadores empleados en el conjunto o a un porcentaje menor, si la CN así lo decide²¹¹⁸.

RÉ, F., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)”, ya cit., pág. 1102.

²¹¹⁶ Así se establece en los artículos 7.2.a) de la DITSE y 14.2.a) de la Ley 31/2006. “Se trata de garantizar los derechos adquiridos de los trabajadores y en coherencia con el principio antes-después, de manera que se aplicará a la SE exactamente el mismo sistema que estaba vigente en la sociedad anónima nacional antes de su transformación. El supuesto de transformación ha sido el que tradicionalmente más recelo ha despertado en los países con tradición de participación de los trabajadores en los órganos de gestión de la sociedad (con Alemania a la cabeza), bien en el Consejo de vigilancia (sistema dualista) o en el órgano de administración (sistema monista). Así en el Informe *Davignon* se excluía este modo de constitución de la SE por el peligro que entrañaba la facilidad para burlar las normas nacionales sobre participación”. ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C. *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 275.

Lo cierto es que es difícil que se dé éste supuesto en las sociedades española, ya que se requiere que exista, como tal, un sistema de participación en la sociedad que se va a transformar. Tal y como señala TERRADILLOS ORMAETXEA, E., “La participación de los trabajadores en la trasposición de la Directiva sobre la Sociedad Anónima Europea y sus repercusiones sobre la normativa mercantil”, *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, Tomo II, 2006, pág. 1081, “habida cuenta de la exposición histórica y realidad actual expuesta, será muy difícil que una sociedad anónima española que se transforme en SE, hubiera antes desarrollado experiencias participativas en su seno. Perviviendo, como pervive por ahora en España, el modelo conflictual de las relaciones laborales, es bastante irreal que esos representantes –incluso los del lado de los trabajadores– apoyen un modelo de esas características”.

²¹¹⁷ Así se establece en los artículos 7.2.b) de la DITSE y 14.2.b) de la Ley 31/2006. Debo hacer mención al derecho que el apartado 3 del artículo 7 de la DITSE otorga a los Estados miembros en orden a prever que las disposiciones de referencia relativas a la participación no se apliquen a este caso (cláusula *opting-out*). Obviamente, el Estado miembro que ejerza esta cláusula lo único que conseguirá será vetar la inscripción en su territorio de sociedades constituidas mediante fusión cuando los derechos de participación estuvieran ya establecidos en una o varias de las sociedades participantes. A pesar de que el reconocimiento de tal derecho fue una de las exigencias impuestas por el Gobierno de España en el proceso de negociación de la Directiva comunitaria, finalmente no se ha incorporado a nuestra normativa, bien sea por las negativas consecuencias que puede tener el ejercicio de tal facultad (vetar la constitución por fusión de las SE, cuando en alguna o algunas de las sociedades participantes hubiera derechos de participación establecidos) y/o por el cambio político generado en las elecciones generales. Véase SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 141.

²¹¹⁸ Según lo establecido en los artículos 7.2.c) de la DITSE y 14.2.c) de la Ley 31/2006. Tal y como indica MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Disposiciones subsidiarias y comunes aplicables a las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., pág. 194, “conviene recordar que en virtud del principio «antes-después», sólo hay obligación de establecer un sistema de participación de los trabajadores en la SE cuando ésta, o alguna de las sociedades participantes en la SE, tuviera establecido un sistema de participación. Si ninguna de aquéllas lo tenía, tampoco está la SE obligada a establecer un sistema de participación de los trabajadores”. Véase el párrafo segundo, apartado b) de la Parte 3 del Anexo de la DITSE y el artículo 14.3, párrafo segundo de la Ley 31/2006.

La Ley 31/2006, establece, a efectos de determinar cuando se cumple el requisito de que la sociedad que se integra o pasa a formar parte de la SE contaba ya con anterioridad con un sistema de participación²¹¹⁹, que se dará tal sistema de participación de los trabajadores, cuando el órgano de representación de los trabajadores o de los representantes de los trabajadores influyan en una sociedad mediante “el derecho a elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o control de una sociedad”²¹²⁰ o mediante “el derecho a recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o control”²¹²¹.

A efectos de cómputo para determinar el número de trabajadores que gozaban de sistemas de participación con anterioridad a la constitución de la SE, se tomará en consideración la totalidad de los trabajadores empleados por cada una de las sociedades participantes en la constitución de la SE y sus centros de trabajo y empresas filiales, incluidos los trabajadores con contratos temporales o a tiempo parcial en el momento al que se refiera el cálculo en cuestión²¹²².

Por último, la DITSE dispone que si hubiera varias formas de participación en las diferentes sociedades participantes, será la CN la que decida sobre cuál de esas formas deberá ser la aplicable a la SE, pudiendo los Estados miembros establecer, en ausencia de una decisión al respecto, las normas aplicables a las SE registradas en su territorio²¹²³. La Ley 31/2006 dispone que, en el supuesto de que la CN no adopte ninguna decisión o no comunique la adoptada, se aplicará el sistema de participación que hubiera afectado con anterioridad al mayor número de trabajadores de las sociedades participantes²¹²⁴.

²¹¹⁹ En efecto, el artículo 14.3 de la Ley 31/2006 determina cuando se cumple el requisito de que la sociedad que se integra, o que formará parte de la SE, tuviera ya establecido un sistema de participación de los trabajadores por remisión al artículo 2. 1), que concreta cuando existe tal sistema de participación de los trabajadores. Además, este artículo dispone, expresamente, que a los efectos de constatar la existencia de un sistema de participación de los trabajadores es indiferente que el sistema establecido tenga carácter legal o convencional.

²¹²⁰ Según recoge en artículo 2.1) 1º de la Ley 31/2006. Este sistema de participación hace referencia al sistema alemán basado en la elección-designación.

²¹²¹ A tenor de lo dispuesto en el artículo 2.1) 2º de la Ley 31/2006. Este segundo sistema está referido al sistema holandés, basado en la designación de los miembros por cooptación con facultades de recomendación u oposición para los trabajadores. Véase ESTEBAN VELASCO, G., “La implicación de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea en la Ley 31/2006 de trasposición de la Directiva europea”, ya cit., págs. 190-191.

²¹²² En efecto, en el Capítulo III, disposiciones comunes, artículo 21 de la Ley 31/2006 se regula la forma en que debe de calcularse el número de trabajadores, y a tenor de lo previsto en el mismo, es obligado tomar en consideración a todos los trabajadores empleados en las empresas involucradas en la constitución de la SE, con independencia de la modalidad contractual que les vincule a aquéllas. Véase MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Disposiciones subsidiarias y comunes aplicables a las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., pág. 196.

²¹²³ Lo cierto es que el artículo 7.2.c), último párrafo de la DITSE contiene lo que podríamos denominar cláusula de cierre, según indica VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 220, dicha cláusula será “aplicable a todas las modalidades de constitución de SE, salvo la fundación por transformación, y cuyo designio es solventar los eventuales conflictos nacidos de la conservación de los derechos de participación de distinta naturaleza. En tal caso, corresponde a la CN decidir cuál de entre las distintas formas de participación debe de ser establecida en la SE. No obstante, la Directiva habilita a las normas nacionales de trasposición para que ellas puedan fijar con carácter supletorio, en defecto de decisión negocial, la modalidad aplicable”.

²¹²⁴ Haciendo uso de la habilitación conferida por el artículo 7.2.c), último párrafo de la DITSE, la Ley española ha establecido en el artículo 14.3, último párrafo que “si a la fecha de inscripción de la SE la CN no ha facilitado la información correspondiente al órgano competente (se está refiriendo a la decisión adoptada por la CN cuando, en el seno de las sociedades participantes, existan diversos sistemas de participación de los trabajadores), se aplicará a la SE el sistema de participación que hubiere afectado con anterioridad «al mayor número de trabajadores de las sociedades participantes»”.

Si ninguna de las sociedades involucradas en el proceso de constitución de la SE estuviera regida por sistemas de participación, tampoco la SE que se cree estará obligada a establecerlos²¹²⁵

En cualquier caso, lo que se trata es de garantizar el mantenimiento de las modalidades de implicación de los trabajadores en estructuras societarias cuando éstas ya existían previamente a la constitución de una SE, evitando de esta manera que, mediante la constitución de una SE o su posterior modificación, se vulneren los derechos de implicación de los trabajadores en la sociedad²¹²⁶.

En el supuesto de que la aplicación de las normas subsidiarias derive de la decisión de las partes negociadoras de someterse a las mismas, no será necesario acreditar, ni la preexistencia de sistemas de participación, ni los porcentajes de trabajadores señalados, salvo que las partes negociadoras deseen lo contrario y acepten también la eficacia limitadora de esos porcentajes²¹²⁷.

1. COMPOSICIÓN DEL ÓRGANO DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES

El órgano de representación de los trabajadores se configura como un órgano colegiado que representa a los trabajadores y cuya misión consiste en ejercitar los derechos de información y consulta de los trabajadores de la SE y de sus centros de trabajo y empresas filiales situados en los Estados miembros y también, si procede, ejercitar los derechos de participación de los trabajadores en la SE.

La parte 1 del Anexo de la DITSE regula la composición del órgano de representación de los trabajadores y la elección de sus miembros.

El órgano de representación estará compuesto por trabajadores de la SE y de sus filiales y establecimientos, elegidos o designados por y entre los representantes de los trabajadores o, en su defecto, por el conjunto de los trabajadores²¹²⁸. La designación debe recaer en un trabajador de la SE o de sus centros o empresas filiales que ostente la condición de delegado de personal, miembro del Comité de empresa o delegado sindical (de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la LOLS)²¹²⁹.

²¹²⁵ Así se recoge el segundo párrafo, apartado b) de la Parte 3 del Anexo de la DITSE y en los artículos 14.3 párrafo segundo y 20.2 de la Ley 31/2006 (este último artículo añade un inciso “salvo acuerdo en contrario”).

²¹²⁶ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “El procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España: disposiciones subsidiarias y comunes”, ya cit., pág. 15.

²¹²⁷ Véase CASAS BAAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)”, ya cit., pág. 1959-1960.

²¹²⁸ A tenor de lo dispuesto en el apartado a) de la Parte 1 del Anexo de la DITSE y en el artículo 16.1 de la Ley 31/2006 el órgano de representación estará compuesto por trabajadores de la SE y de sus filiales y establecimientos. Tal y como indica VALDÉS DAL-RÉ, F., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)”, ya cit., pág. 1107, “la Directiva dota al órgano de representación de una estructura subjetiva de naturaleza estrictamente laboral y no mixta”.

Ahora bien, para la constitución del órgano de representación, el órgano competente de la SE deberá dirigirse a los órganos competentes de los centros de trabajo y empresas filiales de los Estados miembros, a fin de que éstos pongan en marcha, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales, el procedimiento de elección o designación de los miembros del referido órgano (artículo 15.2 de la Ley 31/2006).

²¹²⁹ Lo cierto es que según lo dispuesto en el apartado a) de la Parte 1 del Anexo de la DITSE y en los artículos 16.1 y 29.2, párrafo segundo de la Ley 31/2006, la elección (tanto electores como elegibles) se llevará a cabo, con carácter general, “por y entre los representantes de los trabajadores” y sólo en su defecto “por el conjunto de los trabajadores, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales”. Véase MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO

Los miembros de este órgano serán elegidos en proporción al número de trabajadores empleados en cada Estado miembro por las sociedades participantes y las filiales y establecimientos afectados, a razón en cada Estado miembro de un puesto por cada diez por ciento o fracción del total de trabajadores empleados por las sociedades participantes y las filiales y establecimientos afectados en el conjunto de los Estados miembros²¹³⁰.

La elección o designación de los miembros del órgano de representación se llevara a cabo con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales²¹³¹. La Ley 31/2006 establece, para los centros de trabajo situados en España de las SE y sus empresas filiales, que los miembros del órgano de representación serán designados por acuerdo de las representaciones sindicales que sumen la mayoría de los miembros del Comité o Comités de empresa y de los delegados de personal, o por acuerdo mayoritario de dichos Comités o delegados (es decir, bien por las representaciones sindicales mayoritarias o bien por acuerdo mayoritario de los Comités o delegados), en todo caso, la designación se hará de forma proporcional a la representación obtenida por cada sindicato en las elecciones a representantes de los trabajadores en el conjunto de los centros de trabajo²¹³².

A efectos de cómputo se considerará la totalidad de los trabajadores empleados, incluidos los trabajadores con contratos temporales o de duración determinada y a tiempo parcial en el momento a que se refiera el cálculo, es decir, en el momento de constitución del órgano de representación²¹³³.

La composición del órgano de representación deberá de modificarse y se procederá a una nueva elección o designación de todos o de parte de sus miembros, según proceda, en dos supuestos: a) cuando se haya producido una modificación en la dimensión, composición o estructura de la SE, sus centros de trabajo y empresas filiales que implique una alteración del número de puestos a cubrir o de su distribución y así se solicite por acuerdo del propio órgano de representación o mediante una petición escrita de un mínimo del diez por ciento de los trabajadores o de sus representantes; b) cuando se haya producido la pérdida del

MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., págs. 190-191; VALDÉS DAL-RÉ, F., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)”, ya cit., pág. 1107.

A diferencia de lo previsto para la CN, no puede ser designado miembro del órgano de representación un representante sindical ajeno a la SE; ni un trabajador de la SE que no sea representante unitario o sindical. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 397.

²¹³⁰ Las reglas para el reparto de puestos dentro del órgano de de representación se recogen en el apartado e), Parte 1 del Anexo de la DITSE y en el artículo 16.2 de la Ley 31/2006. La composición de este órgano es similar a la de la CN, con la diferencia de que el órgano de representación de los trabajadores sólo estará integrado por miembros ordinarios y, por tanto, no habrá miembros adicionales. Una vez constituido el órgano de representación, deberá informar al órgano competente de la SE respecto a su composición (artículo 16.3 de la Ley 31/2006).

²¹³¹ Así se establece en el apartado b), Parte 1 del Anexo de la DITSE. Tal y como indica VALDÉS DAL-RÉ, F., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)”, ya cit., pág. 1107, “la norma comunitaria reenvía a los Derechos nacionales la definición de las reglas de nominación de sus integrantes, que podrán ser elegidos o designados; y también reenvía a los Derechos nacionales la definición de las reglas de nominación...”.

²¹³² Así se establece en el artículo 29.1 de la Ley 31/2006. Además, cuando se trate de sustituir a los representantes designados en los supuestos de dimisión y revocación, y en el de pérdida de la condición de representante nacional de los trabajadores, se debe proceder de la misma forma que para su designación.

²¹³³ Según lo previsto en el artículo 21.1 de la Ley 31/2006. La forma de efectuar este cálculo es igual a la establecida para el cómputo del número de trabajadores a efectos de la elección o designación de los miembros de la CN. El computo de los trabajadores resulta determinante a la hora de repartir los puestos, ya que a tenor de lo dispuesto en el artículo 16.2 se establece la proporción de un puesto por cada diez por ciento o fracción del total de trabajadores empleados por la SE y sus centros de trabajo y empresas filiales en el conjunto de los Estados miembros.

mandato representativo nacional de un miembro del órgano de representación o de los representantes nacionales de los trabajadores que procedieron a su elección o designación y así lo solicite un diez por ciento, al menos, de los trabajadores o sus representantes²¹³⁴.

En cuanto al funcionamiento interno del órgano de representación, son escasas las previsiones contenidas en nuestra Ley nacional, si bien dispone que este órgano “elaborará su propio reglamento interno de funcionamiento y podrá elegir en su seno un Presidente”. Además, determina que los acuerdos deben adoptarse por mayoría, salvo que expresamente se establezca lo contrario²¹³⁵ e, igualmente, que cuando el número de miembros del órgano de representación lo justifique, deberá elegirse un “comité restringido compuesto por un máximo de tres miembros”²¹³⁶.

2. DISPOSICIONES DE REFERENCIA SOBRE INFORMACIÓN Y CONSULTA

Los derechos de información y consulta quedan determinados a través del reconocimiento, al órgano de representación de los trabajadores, del derecho a ser informado y consultado sobre aquellas cuestiones que afecten a la SE en sí misma y a cualquiera de sus centros de trabajo y empresas filiales situados en otros Estados miembros o que excedan de la competencia de los órganos de decisión en un solo Estado miembro²¹³⁷.

²¹³⁴ A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado b), Parte 1 del Anexo de la DITSE, los Estados miembros deberán de adoptar “las disposiciones que garanticen que el número de miembros del órgano de representación y la asignación de los puestos se adapten para tener en cuenta los cambios producidos en la SE, sus filiales y establecimientos”. En cumplimiento de este mandato, el artículo 19 de la Ley 31/2006 contempla la renovación del órgano de representación de los trabajadores, con indicación de los supuestos en que debe modificarse la composición del órgano de representación procediéndose a una nueva elección o designación de todos o de parte de sus miembros, en los términos que en cada caso proceda.

²¹³⁵ Lo cierto es que la DITSE, en el apartado d), Parte 1 el Anexo, sólo hace referencia a que “el órgano de representación aprobará su reglamento interno”. Ahora bien, según lo dispuesto en el artículo 18.1 de la Ley 31/2006 podrá, además, “elegir en su seno un Presidente”, a mayor abundamiento, el indicado artículo de nuestra Ley nacional establece los quórum de adopción de acuerdos. Tal y como indica SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 144, “esta regla, que figura en el artículo 18.1, no se contempla en la DITSE y, por tanto, es una aportación de la norma de trasposición que restringe la facultad de autoorganización que se otorga al órgano de representación”.

²¹³⁶ En efecto, el artículo 18.2 de la Ley 31/2006, establece este deber. Por su parte el apartado c), Parte 1 del Anexo de la DITSE dice que “si su dimensión lo justifica, el órgano de representación elegirá en su seno un comité restringido compuesto por un máximo de tres miembros”. Ahora bien, según señala SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 145, “la ambigüedad de dicha regla lleva a pensar que la determinación del número de miembros a partir del cual se requiere la elección de un comité restringido queda en manos del órgano de representación, que deberá decidir valorando las concretas circunstancias de cada caso, existiendo la posibilidad de que la cuestión se resuelva a través de reglamento interno”. Por tanto, opina que “resulta un tanto sorprendente que el artículo 18.2 utilice el verbo «deber» cuando contempla la elección de un comité restringido, configurándola como una obligación del órgano de representación. En coherencia con lo expuesto resulta obvio que sería más oportuno y menos confuso utilizar el verbo «poder»”.

Por lo demás, nuestra norma de trasposición contiene dos reglas relativas al funcionamiento del comité restringido; la primera se recoge en el párrafo segundo del artículo 18.2 de la Ley 31/2006, que reiterando lo dispuesto en el párrafo tercero del apartado c), Parte 2 de la DITSE, reconoce que, en las reuniones en que participe el comité restringido, tendrán derecho a participar, también, “otros miembros del órgano de representación elegidos o designados en representación de los trabajadores directamente afectados por las medidas de que se trate”, y la segunda en el apartado tercero del repetido artículo 18.2 donde se establece un deber de información que afecta al comité restringido, en virtud del cual éste “deberá informar periódicamente de sus actuaciones y del resultado de las reuniones en que participe al órgano de representación”.

²¹³⁷ De la enumeración de las competencias del órgano de representación de los trabajadores se ocupa el artículo 17 de la Ley 31/2006 que viene a reiterar lo establecido en la Parte 2 del Anexo de la DITSE. Principalmente las competencias del órgano de representación de los trabajadores están referidas a los derechos de información y consulta “sobre aquellas cuestiones que afecten a la SE en sí misma y a cualquiera de sus centros de trabajo y empresas filiales situados en otros Estados miembros o que excedan de la

La parte 2 del Anexo de la DITSE se ocupa de las disposiciones de referencia sobre información y consulta y regula la competencia y los poderes del órgano de representación²¹³⁸.

El ámbito competencial del órgano de representación se extiende “a las cuestiones que afecten a la SE en sí misma y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situados en otros Estados miembros o a aquellos que excedan de la competencia de los órganos de decisión de un solo Estado miembro”²¹³⁹. Dentro de este ámbito tendrá derecho a ser informado y consultado, para lo cual, deberá de reunirse, al menos una vez al año, con el órgano competente de la SE sobre la base de los informes periódicos que este último debe de suministrar, entre los que habrá que incluir, el orden del día de las reuniones del órgano de administración o, cuando proceda, del órgano de dirección y control, así como copia de todos los documentos presentados a la Junta general de accionistas. La convocatoria, así como la documentación pertinente, deberá de ser remitida al órgano de representación, por el órgano competente de la SE, con una antelación mínima de un mes²¹⁴⁰.

En la reunión anual, y sin perjuicio de otras cuestiones que pudieran plantearse, se analizarán los contenidos que con carácter ordinario constituyen la base de los derechos sobre información y consulta, es decir, los aspectos relativos a la estructura, la situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, la producción y las ventas, la situación y la evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales relativos a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o nuevos procesos de producción, los traslados de producción, las fusiones, reducciones de tamaño o cierres de empresa, de establecimientos o de partes importantes de éstos, y los despidos colectivos²¹⁴¹.

Los derechos de información y consulta se refuerzan cuando concurren circunstancias excepcionales que afecten, de modo considerable, a los intereses de los trabajadores y en particular, en casos de traslados, ventas, cierre de empresas o establecimientos o despidos colectivos. En estos supuestos el órgano de representación o, en

competencia de los órganos de decisión de un solo Estado miembro” (apartado a), Parte 2 del Anexo de la DITSE). En opinión de SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 148, “la técnica normativa utilizada en esos preceptos es doble por cuanto combina una atribución competencial genérica con una serie de previsiones concretas”.

²¹³⁸ La DITSE y la Ley 31/2006 regulan esta materia en términos idénticos a los de la Directiva sobre el Comité de empresa europeo y a la Ley 10/97 que la traspuso al ordenamiento jurídico español. Véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, ya cit., pág. 398.

²¹³⁹ Según lo establecido en el apartado a), Parte 2 del Anexo de la DITSE y en el artículo 17.1 de la Ley 31/2006. Cabe destacar, tal y como señala MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Disposiciones subsidiarias y comunes aplicables a las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., pág. 203, que “el órgano de representación de los trabajadores en la SE tiene un campo de actuación que no se limita sólo a las cuestiones que afecten a la SE en su conjunto, sino que se extiende también a las que puedan afectar a uno o varios centros de trabajo o empresas filiales”. En este mismo sentido SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 148, indica que “resulta obvio y destacable que el campo de actuación del órgano de representación no se limite a las cuestiones que afecten al conjunto de la SE extendiéndose a aquellas otras más focalizadas que afecten solo a uno o varios de sus centros de trabajo o empresas filiales”.

²¹⁴⁰ Así se establece en el apartado b), Parte 2 del Anexo de la DITSE y en el artículo 17.2 de la Ley 31/2006. Cabe resaltar que la norma de trasposición introduce la obligación de que tanto la convocatoria de la reunión anual, como la correspondiente documentación sean remitidas al órgano de representación con una antelación mínima de un mes. Esta previsión constituye una aportación positiva de nuestra Ley nacional, puesto que de esta forma, el órgano de representación contará con tiempo suficiente para analizar la documentación y preparar la reunión. Véase SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 149.

²¹⁴¹ Lo cierto es que el párrafo tercero del artículo 17.2 de la Ley 31/2006 reproduce, con escasas variaciones, lo previsto en el párrafo tercero del apartado b), Parte 2 del Anexo de la DITSE, donde se recogen las cuestiones que constituyen el objeto principal de la reunión anual.

su caso, el comité restringido²¹⁴² tienen derecho a reunirse a petición propia con el órgano competente de la SE o cualquier otro nivel de dirección, para que se les informe y consulte sobre las medidas a adoptar²¹⁴³.

Estas reuniones adicionales de información y consulta se efectuarán con la antelación necesaria para que el criterio del órgano de representación pueda ser tenido en cuenta y en el caso de que el órgano competente de la SE decida no seguir la opinión o criterio marcado por el órgano de representación, éste tendrá derecho a reunirse nuevamente con el órgano competente de la SE para intentar llegar a un acuerdo; ahora bien, las indicadas reuniones no afectarán las prerrogativas del órgano competente²¹⁴⁴.

El órgano competente de la SE y el de representación de los trabajadores acordarán las normas sobre presidencia y otros procedimientos para el desarrollo de sus reuniones. Las actas de las sesiones celebradas serán firmadas por un representante en nombre de cada una de las partes²¹⁴⁵.

También deberá el órgano competente de la SE informar, a las direcciones de sus centros de trabajo o empresas filiales en los Estados miembros, de la convocatoria de las reuniones con el órgano de representación²¹⁴⁶ y a su vez, los miembros del órgano de

²¹⁴² A tenor de lo previsto en el artículo 18.2 de la Ley 31/2006, si el número de miembros del órgano de representación lo justifica por sus dimensiones, el citado órgano deberá elegir en su seno un comité restringido compuesto por un máximo de tres miembros. Este comité, en la práctica (y salvo acuerdo en contrario del propio órgano de representación), será quien se encargue de recibir la información y de reunirse con el órgano competente de la SE.

Tal y como recoge MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “El procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España: disposiciones subsidiarias y comunes”, ya cit., pág.19: “este comité restringido se configura así como un órgano que agiliza y facilita el funcionamiento del órgano de representación. No obstante, y a pesar de las referencias que hace la Ley 31/2006 al comité restringido, no puede dejar de señalarse que la norma española podía haber aprovechado la oportunidad facilitada con la trasposición de la Directiva comunitaria para regular de manera más detallada tanto los supuestos en que debe constituirse el comité restringido como su propio funcionamiento”.

²¹⁴³ Según lo dispuesto en el párrafo primero del apartado c), Parte 2 del Anexo de la DITSE y en el párrafo primero del artículo 17.3 de la Ley 31/2006, si bien, nuestra Ley nacional matiza que la información debe recibirse “con la debida antelación”. Cabe también resaltar que la consulta se hace efectiva a través de una reunión con el “órgano competente de la SE o con cualquier otro nivel de dirección de la SE más adecuado y con competencia para adoptar decisiones propias”; esta alternativa contemplada, tanto en la DITSE, como en nuestra Ley nacional garantiza que la interlocución se llevará a cabo con la instancia facultada para tomar la decisión. Véase SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 150.

²¹⁴⁴ Así se establece en los párrafos segundo, tercero y cuarto del apartado c), Parte 2 de la DITSE y en los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo 17.3 de la Ley 31/2006. Ahora bien, nuestra Ley nacional recoge la exigencia (no contenida en la DITSE) de que la reunión se efectúe “con la antelación necesaria para que el criterio del órgano de representación pueda ser tenido en cuenta a la hora de adoptar o ejecutar las decisiones”. Por otro lado, tal y como señala SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 150, “de conformidad con el significado que el artículo 2.k de esa misma norma otorga al término «consulta», en dicha reunión debe establecerse un diálogo e intercambio de opiniones con el objetivo de llegar a un acuerdo, pudiendo forzarse incluso la celebración de una segunda reunión cuando la parte empresarial no asuma la opinión manifestada por los representantes de los trabajadores, aunque si no se alcanza un consenso será aquella la que decida”.

²¹⁴⁵ En efecto, el artículo 17.4 de la Ley 31/2006, en cumplimiento del mandato establecido en el apartado d), Parte 2 del Anexo de la DITSE, atribuye a los órganos competentes, es decir, al órgano de representación de los trabajadores y al órgano de gobierno de la SE, la decisión relativa a las reglas sobre la presidencia de la reunión o sobre cualesquiera otros procedimientos acordados para el desarrollo de las reuniones conjuntas, así como la firma del acta de la reunión por un representante de cada uno de los órganos.

²¹⁴⁶ Lo cierto es que, tanto el apartado b), Parte 2 del Anexo de la DITSE, como el artículo 17.5 de la Ley 31/2006 recogen un deber de información del órgano competente de la SE respecto de las direcciones de sus centros de trabajo o empresas filiales en los Estados miembros. Debiendo informar, en particular, a las direcciones de tales centros o empresas filiales de la convocatoria de las reuniones que vaya a mantener con el órgano de representación. Véase MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA

representación informarán a los representantes de los trabajadores de la SE y de sus centros de trabajo y empresas filiales o, en su defecto, al conjunto de los trabajadores sobre el contenido y los resultados de las actuaciones desarrolladas en el ejercicio de sus funciones (sin perjuicio del deber de confidencialidad)²¹⁴⁷.

Por lo demás, la parte 2 del Anexo de la DITSE, al igual que la Ley 31/2006, también contienen determinadas normas sobre la financiación del órgano de representación²¹⁴⁸, derechos de sus miembros²¹⁴⁹ y además, recogen la posibilidad de que el órgano de representación o el comité restringido pueda estar asistido por expertos de su elección²¹⁵⁰, aunque los Estados miembros podrán limitar las normas de financiación a un solo experto²¹⁵¹.

Por último, debo mencionar que el órgano de representación, surgido como consecuencia de la falta de un acuerdo sobre implicación, tiene entre sus funciones la posibilidad de negociar nuevamente un acuerdo en este sentido. Según lo establecido, tanto en la DITSE, como en la Ley 31/2006, transcurridos cuatro años desde la constitución del órgano de representación, éste deliberará sobre si deben entablarse negociaciones para la

VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 194.

²¹⁴⁷ Según lo establecido, tanto en el apartado e), Parte 2 del Anexo de la DITSE, como en el artículo 18.7 de la Ley 31/2006, los miembros del órgano de representación tienen un deber de información limitado, en virtud de lo previsto en el artículo 22 de dicha ley (donde se contempla el deber de confidencialidad), que se antepone al derecho a la información de los representantes de los trabajadores o, en su defecto, si no hay representación de los trabajadores, al derecho a la información del conjunto de los trabajadores de la empresa. Tal y como indica MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Disposiciones subsidiarias y comunes aplicables a las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., pág. 210, “el objeto de la Ley 31/2006 en este punto concreto es que bien los representantes de los trabajadores o bien los propios trabajadores estén en todo momento informados acerca de los temas que pueden afectarles”.

²¹⁴⁸ Tanto el apartado h), Parte 2 del Anexo de la DITSE como el artículo 18.6 de la Ley 31/2006 establecen, con carácter general, que la SE deberá de sufragar los gastos derivados de la constitución y funcionamiento del órgano de representación y, en su caso, los del comité restringido; además, la SE estará obligada a proporcionarles los recursos financieros y materiales suficientes para que puedan llevar a cabo sus funciones de forma adecuada. En particular, la SE vendrá obligada a costear los gastos derivados de la elección o designación de los miembros del órgano de representación; los de organización de las reuniones del órgano de representación y, en su caso, del comité restringido, incluidos los gastos de interpretación, manutención, alojamiento y viaje de sus miembros; los derivados de, al menos, un experto designado por el órgano de representación o por el comité restringido para asistirle en sus funciones.

²¹⁴⁹ Efectivamente, a tenor de lo dispuesto en el apartado g), Parte 2 del Anexo de la DITSE y en el artículo 18.5 de la Ley 31/2006, se reconoce a los miembros del órgano de representación el derecho a un permiso de formación sin pérdida de salario, si bien, dicho permiso se concederá “en la medida en que sea necesario para el desempeño de sus funciones”. Señalaré que el punto 5 del artículo 18 fue objeto de dos enmiendas, una del Grupo Parlamentario Popular del Consejo que fue la que prosperó y otra presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds que proponía que la ley se limitara a recoger el derecho de los representantes a un permiso retribuido por formación, en base a que la formación debe de asegurarse en todo caso. Véase MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., págs. 200-201.

²¹⁵⁰ Según lo dispuesto en el apartado f), Parte 2 del Anexo de la DITSE y en el artículo 18.4 de la Ley 31/2006, tanto el órgano de representación, como el comité restringido podrán estar asistidos por expertos de su elección. Derecho que tal y como indica MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Disposiciones subsidiarias y comunes aplicables a las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., pág. 219, “se traduce en un coste económico que debe ser asumido por la propia SE”. Claro está, dentro de los parámetros fijados por nuestra norma de trasposición (artículo 18.6.c) que limita dichos gastos a un experto.

²¹⁵¹ A tenor de lo dispuesto en el último párrafo del apartado h), Parte 2 del Anexo de la DITSE, se permite a los Estados miembros “limitar la financiación a un solo experto”. La norma nacional de trasposición (artículo 18.6.c) de la Ley 31/2006) ha establecido que la SE deberá sufragar los gastos “derivados de, al menos, un experto designado por el órgano de representación o por el comité restringido para asistirle en sus funciones”.

conclusión de un acuerdo a tal efecto o bien, si deben mantenerse vigentes las disposiciones de referencia²¹⁵².

La Ley 31/2006 de transposición de la DITSE al ordenamiento jurídico español puntualiza que, en el supuesto de que no se adoptase la decisión de entablar negociaciones, las disposiciones subsidiarias continuarán siendo de aplicación durante otro periodo de cuatro años e igualmente señala que lo mismo sucederá cuando, transcurrido el plazo en el cual deban de terminar las negociaciones, no se haya llegado a un acuerdo²¹⁵³.

Finalmente, y a tenor de lo previsto en la Ley 31/2006, el órgano de representación de los trabajadores y el órgano competente de la SE podrán decidir de común acuerdo, en cualquier momento, la apertura de negociaciones²¹⁵⁴.

3. DISPOSICIONES DE REFERENCIA SOBRE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES

Con el término participación de los trabajadores, a tenor de lo previsto, tanto en la DITSE, como en la Ley 31/2006²¹⁵⁵, se entiende la influencia del órgano de representación de los trabajadores o de los representantes de los trabajadores en una sociedad mediante: 1º. El derecho a elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de

²¹⁵² Así viene establecido en el apartado g), Parte 1 de la DITSE y en el párrafo primero del artículo 15.3 de la Ley 31/2006. En este caso el órgano de representación asumirá las funciones que ordinariamente corresponden a la CN (artículo 15.3, párrafo segundo), además “durante el transcurso de las negociaciones y hasta su conclusión el órgano de representación continuará desarrollando sus funciones (esta precisión se introduce por el artículo 15.3, párrafo segundo *in fine*). Tal y como señala SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 143, “nos hallamos ante una nueva muestra de la preferencia normativa por la fijación negociada de los derechos de implicación, que en este caso condiciona el alcance temporal de las disposiciones subsidiarias permitiendo a la parte laboral forzar la apertura de un nuevo proceso de negociación de forma periódica”. En el mismo sentido VALDÉS DAL-RÉ, F., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)”, ya cit., pág. 1103, indica que “vuelve a ponerse de manifiesto la preferencia de la Directiva por el modelo convencional de implicación frente al modelo «legal»”.

²¹⁵³ Según lo establecido en el párrafo tercero del artículo 15.3 de la Ley 31/2006. Ahora bien, el párrafo cuarto del mencionado artículo recoge una excepción, cual es, el caso al que se refiere el artículo 26 de la Ley 31/2006 (referido a los efectos en el caso de constitución de la SE en perjuicio de los derechos de implicación de los trabajadores), en este supuesto las nuevas negociaciones tendrán lugar en las circunstancias, en el tiempo y en las condiciones previstas en dicho artículo. Sobre esta materia véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, ya cit., págs. 400-402; SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág.143; MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., págs. 188-189.

²¹⁵⁴ En efecto, el artículo 15.4 de la Ley 31/2006 recoge esta posibilidad. Tal y como indica SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 144, “dicha regla, que no figura en la norma comunitaria, reviste una gran importancia por cuanto permite sustituir en cualquier momento el sistema de implicación resultante de las disposiciones subsidiarias por otro consensuado, siempre que exista coincidencia entre el órgano de representación y los órganos competentes de la SE en la necesidad de proceder a tal sustitución. Se abre así una vía para reformular el sistema de implicación sobre la base del acuerdo que dinamiza notablemente el esquema diseñado por la norma comunitaria y que merece una valoración muy positiva”.

²¹⁵⁵ La definición del término participación se encuentra en los artículos 2.k) de la DITSE y 2.1) de la Ley 31/2006. En cuanto la forma en que la DITSE define el término “participación”, VASQUEZ, F., “La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva”, ya cit., pág. 989, señala que “la definición de «participación» en el sentido de la Directiva tiene menos que ver con un intento de entender una forma de implicación de los trabajadores que se desarrolla en distintos países europeos de forma bastante diversa que con encontrar un medio de delimitar las formas dichas de «participación» que se querían defender y salvaguardar a través de una serie de dispositivos. La definición sirve, pues, sólo a efectos de esa protección y salvaguardia. Por tal motivo, no tiene nada de conceptual y es eminentemente pragmática”.

control de la sociedad; o 2º. El derecho a recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control.

La parte 3 del Anexo de la DITSE contiene las disposiciones de referencia sobre participación y establece diversas especificaciones en función de la forma de constitución de la SE. Por su parte, la Ley 31/2006 transcribe prácticamente en su literalidad el texto comunitario, aunque procede a concretar los posibles vacíos dejados por la Directiva²¹⁵⁶.

En el caso de constitución de una SE mediante transformación, si ya se aplicaban normas de un Estado miembro en materia de participación, todos los elementos de dicha participación se seguirán aplicando²¹⁵⁷.

En los demás casos de constitución de una SE, si ya se aplicaba una o más formas de participación, los trabajadores tendrán derecho a elegir, recomendar u oponerse a la designación de un número de miembros del órgano de administración o de control de la SE equivalente a la mayor de las proporciones vigentes en las sociedades participantes²¹⁵⁸.

Finalmente, determina que si ninguna de las sociedades constituyentes estuviera sujeta a normas sobre la participación, la SE no estará obligada a establecer disposiciones relativas a la participación de los trabajadores en los órganos de administración o de control²¹⁵⁹.

No obstante, la DITSE permite que los Estados miembros decidan no aplicar las normas de referencia sobre participación en el caso de fusión (cláusula *opting-out*), si bien, en este supuesto lo único que conseguirá el Estado miembro que decida acogerse a esta cláusula de descuelgue, es evitar la inscripción en su territorio de SE formadas por sociedades que tuvieran sistemas de participación²¹⁶⁰.

También se contienen en esta parte 3 del Anexo una serie de disposiciones sobre el reparto de los puestos, determinando que es el órgano de representación de la SE el que decidirá sobre el reparto, entre los Estados miembros, de los puestos a elegir o designar en el órgano de administración o de control o, en su caso, sobre la forma de recomendar u oponerse al nombramiento de tales representantes, en proporción al número de trabajadores

²¹⁵⁶ Véase SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 151 y VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 223.

²¹⁵⁷ En efecto, según lo previsto en el apartado a), Parte 3 del Anexo de la DITSE y en el artículo 20.1.a) de la Ley 31/2006, en el supuesto de constitución de una SE por transformación, se declaran de aplicación todos los elementos de participación de los trabajadores en el órgano de administración o de control existentes en la sociedad antes de su transformación en SE.

²¹⁵⁸ Así viene establecido en el apartado b), Parte 3 del Anexo de la DITSE y en el artículo 20.1.b) de la Ley 31/2006. Tal y como señala SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 151, “de esta forma se hace efectivo, en los casos donde resulten aplicables las disposiciones subsidiarias que analizamos, el conocido principio «antes-después», por cuanto se garantiza a los trabajadores afectados el mantenimiento de unos derechos de participación como mínimo equivalentes a los que tenían con anterioridad”.

²¹⁵⁹ A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado b), Parte 3 del Anexo de la DITSE y en el artículo 20.2 de la Ley 31/2006 se establece que “si ninguna de las sociedades participantes estuviera regida por normas de participación antes de la inscripción de la SE, esta no estará obligada a establecer ninguna disposición en esta materia, salvo acuerdo en contrario”. Según indican MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 204, la última salvedad que contiene el artículo 20.2 “es coherente con las diferentes reglas previstas en este Capítulo II, en el que la aplicación de las disposiciones subsidiarias se produce en todo caso si las partes así lo deciden (artículo 14.1.a), fijando unos requisitos para cuando haya ausencia de acuerdo entre las partes”.

²¹⁶⁰ Esta posibilidad se recoge en el artículo 7.3 de la DITSE. Recordemos que esta cláusula se introdujo en la DITSE a instancias del Gobierno español, aunque finalmente, según se desprende del articulado de la Ley 31/2006, no ha hecho uso de ella.

empleados en cada Estado miembro. Ahora bien, si los trabajadores de uno o más Estados miembros no quedaran cubiertos, en función de este criterio de proporcionalidad, el órgano de representación designará un miembro originario de uno de esos Estados miembros²¹⁶¹, preferentemente del Estado miembro de la sede estatutaria de la SE, cuando ello sea oportuno.

Cabe plantearse si lo que se trata es de añadir un miembro más a la representación de los trabajadores, o bien de efectuar una redistribución. Nuestra Ley 31/2006 establece que en estos supuestos se procederá a una redistribución, para lo cual, se detraerá del número adjudicado al Estado miembro que cuente con más representantes (si hubiera varios con idéntico número se detraerá del que ocupe el menor número de trabajadores), adjudicándose el miembro así detraído a uno de los Estados miembros inicialmente no representados, primordialmente a aquel en que esté la sede de la SE si no estaba representado, y si lo estaba, a aquel que emplee al mayor número de trabajadores²¹⁶².

Finalmente, y una vez establecido el reparto entre Estados, la DITSE remite a cada Estado miembro el reparto interno de los puestos que le hayan correspondido. Nuestra Ley 31/2006, en relación con las SE que decidan establecerse en España, dispone que la elección o designación de los representantes de los trabajadores que deban formar parte del órgano de administración o de control se realizará en la forma que determine el órgano de representación de los trabajadores, respetando, en su caso, lo que al respecto pudiera haberse establecido en la legislación nacional del Estado miembro correspondiente a cada uno de dichos representantes²¹⁶³.

Cuando se trate de centros de trabajo situados en España, la Ley 31/2006 declara aplicable, a la designación de los representantes de los trabajadores que deban formar parte del órgano de administración o control de la SE, lo dispuesto sobre la designación de los miembros de la CN y del órgano de representación en la SE. En consecuencia, si a los centros de trabajo situados en España les corresponde más de un representante, el reparto se hará de forma proporcional a la representatividad de los sindicatos (siguiendo las reglas para la designación de los miembros de la CN y del órgano de representación)²¹⁶⁴. Ahora bien,

²¹⁶¹ Para todos los Estados miembros que queden sin representación podrá designarse un miembro y sólo uno para todos ellos, en particular, cuando así proceda, el miembro designado será originario del Estado miembro de la sede estatutaria de la SE (párrafo tercero del apartado b), Parte 3 del Anexo de la DITSE). Véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, ya cit., pág. 403.

²¹⁶² Así viene establecido en el artículo 20.4 de la Ley 31/2006. Nuestra Ley nacional ha precisado que, en el supuesto de que el Estado miembro del domicilio de la SE ya estuviera representado, la designación deberá de recaer “en aquel Estado miembro que emplee mayor número de trabajadores dentro de los inicialmente no representados”. Según indica SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 152, “esta regla subsidiaria constituye una aportación de la norma de trasposición, dado que no figura en la DITSE, como también lo es la regla que precisa que el puesto redistribuido «se detraerá del número adjudicado al Estado miembro que hubiera obtenido más representantes o, en caso de ser varios con idéntico número de representantes, al que de ellos ocupe menor número de trabajadores»”.

²¹⁶³ En efecto, el artículo 20.4, último párrafo de la Ley 31/2006 determina que la elección o designación de los representantes de los trabajadores que serán parte del órgano de administración o de control, corresponderá al órgano de representación de los trabajadores. Éste debe respetar lo que pudiera haberse establecido al respecto en la legislación nacional del Estado miembro correspondiente a cada uno de dichos representantes. Véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, ya cit., pág. 403; MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Disposiciones subsidiarias y comunes aplicables a las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., pág. 217. Esta última autora señala además que, “también es competencia del órgano de representación decidir sobre la forma en que los trabajadores de la SE puedan recomendar el nombramiento de los miembros de los órganos de administración o control de la SE, u oponerse a tal nombramiento”.

²¹⁶⁴ En efecto, las reglas establecidas en el artículo 29 de la Ley 31/2006 (designación de los representantes de los trabajadores en la CN y en el órgano de representación) también rigen, según lo previsto en el artículo 30, para los representantes de los trabajadores que deban formar parte del órgano de

según dispone la DITSE²¹⁶⁵, la designación deberá de recaer en quienes sean representantes de los trabajadores, es decir, miembros (trabajadores de la empresa) de Comités de empresa, delegados de personal o delegados sindicales conforme a la LOLS (recordemos que según las reglas de designación de los miembros de la CN, pueden formar parte de la misma representantes sindicales que no sean trabajadores de la empresa)²¹⁶⁶.

Se establece, también, tanto por la DITSE, como por la Ley 31/2006 un principio de plena equiparación entre los miembros de los órganos sociales, sin perjuicio de que éstos hayan sido designados por los accionistas o por los trabajadores²¹⁶⁷.

Por último, debo hacer notar que los derechos de participación constituyen el campo específico de aplicación del principio antes-después. Las vicisitudes prenormativas de la SE así lo confirman. En este contexto no es de extrañar que la finalidad del Anexo relativo a la

administración o control de la SE cuando, en virtud de lo dispuesto en la legislación que resulte de aplicación, corresponda a cada Estado miembro determinar la forma de elección o designación de los miembros de ese órgano. Véase VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 228; ESTEBAN VELASCO, G., “La implicación de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea en la Ley 31/2006 de trasposición de la Directiva europea”, ya cit., pág. 192.

²¹⁶⁵ Debo hacer notar que la Directiva cuando habla del reparto de los puestos en el seno del órgano de administración o de control hace referencia a “los miembros representantes de los trabajadores”. Lo cierto es que el párrafo tercero del apartado b), Parte 3 del Anexo de la DITSE recoge textualmente “el órgano de representación decidirá sobre el reparto de los puestos en el seno del órgano de administración o de control «entre los miembros representantes de los trabajadores»...”.

²¹⁶⁶ En relación con esta materia, véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, ya cit., págs. 404-405; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Disposiciones aplicables a los centros de trabajo y filiales en España de Sociedades Europeas”, ya cit., págs. 243-244; MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., págs. 236-239.

²¹⁶⁷ En efecto, el artículo 20.5 de la Ley 31/2006 reitera el contenido del último párrafo del apartado b), Parte 3 del Anexo de la DITSE y dispone que “todo miembro del órgano de administración o, en su caso, del órgano de control de la SE que haya sido elegido, designado o recomendado por el órgano de representación o, según los casos, por los propios trabajadores será miembro de pleno derecho del órgano correspondiente, con los mismos derechos y obligaciones que los miembros que representen a los accionistas, incluido el derecho de voto”. Tal y como señalan MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., págs. 206-207, la Ley 31/2006 “realiza en este punto una asimilación en derechos y deberes del representante de los trabajadores que sea miembro del órgano de administración de la sociedad, respecto de los demás miembros del mismo, y en particular de los que representen a los accionistas, subrayando de forma expresa el derecho de voto”. Estos autores no comparten dicha asimilación según manifiestan “por realizarse en unos términos absolutos, ya que si a los efectos informativos la propia Ley confiere un trato desigual a los representantes de los trabajadores (al restringir la información que puede recibir), no es razonable la equiparación en cuanto a deberes, en particular en relación con las responsabilidades mercantiles, cuestión que debería haberse exceptuado, tal y como se propuso en la tramitación parlamentaria”. Por mi parte, disiento en cuanto al argumento esgrimido, puesto que los trabajadores, como miembros de pleno derecho de los órganos de administración de la SE, dispondrán en el desarrollo de sus funciones de la misma información que el resto de los componentes del órgano; cuestión diversa es la relativa a las normas sobre confidencialidad y reserva recogidas en el artículo 22.2 de la Ley 31/2006 a las que se refieren los autores citados.

En opinión de ESTEBAN VELASCO, G., “La implicación de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea en la Ley 31/2006 de trasposición de la Directiva europea”, ya cit., pág. 192, “la «composición plural» del órgano con consejeros de distinta procedencia, que ciertamente deben actuar conforme a la pauta común del interés social, podrá contribuir con sus perspectivas y sensibilidades a la mejor interpretación y determinación de su contenido, dentro de los márgenes que permite este concepto jurídico indeterminado”.

participación de los trabajadores no haya sido otra que la preservación de esta singular modalidad de derechos de implicación²¹⁶⁸.

Lo cierto es que la implicación de los trabajadores a través de la participación mediante el derecho, bien a elegir o designar, o bien a recomendar u oponerse a la designación de determinados miembros de los órganos de administración o control de la SE, toca el corazón mismo de la SE y comporta la presencia en las sedes decisionales (al menos en sentido formal) de personas de confianza para los trabajadores pero no igualmente para los accionistas²¹⁶⁹.

VIII. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN O CONTROL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

La participación de los trabajadores en la gestión de la SE ha sido, como ya he apuntado en multitud de ocasiones, un tema de lo más controvertido a lo largo del proceso de gestación de la SE. Los primeros proyectos de estatuto de SE concebían una SE con un sistema de administración dual con representación de los trabajadores en el órgano de vigilancia (participación directa o cogestión)²¹⁷⁰, dada la imposibilidad de superar la oposición de los Estados miembros contrarios a los sistemas de participación, se fueron proponiendo múltiples fórmulas hasta llegar a la vigente Directiva 2001/86/CE de 8 de octubre de 2001, que ofrece (al igual que el estatuto de SE) una solución pragmática y de compromiso, donde la participación de los trabajadores en los órganos de administración o control de la SE se instrumenta en función del respeto al principio antes-después, aunque, con algunos matices según la forma en que se constituya la SE.

Se parte del principio de que no puede constituirse una SE si no se ha establecido alguna forma de implicación de los trabajadores²¹⁷¹, aunque la determinación de la forma de implicación se efectuará por acuerdo entre las sociedades participantes en el proceso de

²¹⁶⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)”, ya cit., pág. 1109.

²¹⁶⁹ ARRIGO, G., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 52, septiembre 2004, pág. 21.

²¹⁷⁰ Efectivamente, los Proyectos de estatuto de SE de 1970 y 1975, se limitaban, prácticamente, a reproducir el sistema alemán de participación que podía considerarse el más fuerte de la época. Tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G., “Participación de los trabajadores en la sociedad europea. ¿Más cerca de un compromiso político?”, ya cit., pág. 1686, “buscando coherencia y simplicidad se comprende bien que las iniciales propuestas de la Comisión Europea tanto en el ámbito de la armonización de los derechos internos (Propuesta inicial de la Quinta Directiva de 1972) como en el de las empresas de dimensión comunitaria (Propuesta de SE 1970, 1975) se dirigieran a imponer un modelo único en la forma de administración (sistema dualista), con la garantía de la incorporación de un mínimo de representantes de los trabajadores en el órgano de control. Pero es del mismo modo bien explicable que las Propuestas encontraran fuerte resistencia en los Estados miembros (Poderes públicos, organizaciones empresariales y sindicales y sectores doctrinales) por la «intromisión» en las tradiciones sociales y culturales de sus respectivos países”.

²¹⁷¹ Lo cierto es que el artículo 12.2 del RESE condiciona el registro de la SE en el Estado miembro del domicilio social al cumplimiento de la regulación de la DITSE. En este sentido MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., págs. 72-73, en relación con la exigencia contenida en este artículo, indican que “...se erige en *condictio iuris* para la constitución de la SE, e impide la dejación en manos de los accionistas de su reconocimiento y ordenación”, más adelante añaden que igual función desempeña “el artículo 12.3 del Reglamento que prohíbe el registro de la SE en Estados miembros que hayan ejercido la potestad que les confiere el artículo 7.3 de la Directiva, es decir inaplicar las disposiciones de referencia sobre participación en su territorio a las SE constituidas por fusión, a no ser que ninguna de las sociedades participantes en la fusión hubiera estado sujeta a las normas de participación antes de la inscripción de la SE o que se hubiera celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores sobre esa participación en virtud del artículo 4 de la Directiva”.

constitución y la CN. No obstante, la autonomía negociadora estará sometida a determinados límites en los supuestos en que en las sociedades participantes en el proceso de constitución de la SE ya se aplicara alguna forma de participación.

Efectivamente, las SE que se constituyan mediante transformación de una sociedad deberán de mantener inalterables todos los derechos que tenían antes de la transformación, esto quiere decir que si había establecido un sistema de participación en los órganos de administración o control de la sociedad que se transforma, este sistema debe de mantenerse en los mismos términos en la SE²¹⁷².

Asimismo, los acuerdos de implicación que supongan una reducción de los derechos de participación ya existentes que afecten, en las SE que se constituyan mediante fusión, al menos, al veinticinco por ciento del número total de trabajadores empleados en el conjunto, o al cincuenta por ciento, en las SE que se constituyan mediante *holding* o filial común, requerirán la mayoría cualificada de dos tercios de los miembros de la CN que representen, al menos, a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de los miembros que representen a trabajadores de, al menos, dos Estados miembros. Por reducción se entiende el establecimiento de una proporción de representantes de los trabajadores inferior a la más alta de las existentes en las sociedades participantes²¹⁷³.

En todo caso, siempre que los acuerdos adoptados en el proceso negociador contengan disposiciones sobre participación, será conveniente que se fije tanto el número o proporción de los representantes de los trabajadores en el órgano de administración o control frente al total de los consejeros de dichos órganos, como los procedimientos de elección, designación o, en su caso, de recomendación u oposición de esos representantes. El establecimiento de la proporción correspondiente será elemento determinante para poder fijar cuál es “la proporción más alta existente en las sociedades participantes”²¹⁷⁴ o, en su caso, determinar si se han respetado, en los casos de constitución de una SE mediante transformación, los derechos de participación preexistentes²¹⁷⁵.

²¹⁷² Efectivamente, a tenor de lo dispuesto en los artículos 4.4 de la DITSE y 11.2 de la Ley 31/2006, en los supuestos de constitución mediante transformación se ve restringida la autonomía negociadora, puesto que no cabe la reducción de los derechos previamente existentes en la sociedad que se transforma, ni por mayoría cualificada; en consecuencia, deberá de establecerse un nivel de implicación, en la SE, equivalente al de todos los elementos de implicación existentes en la sociedad que se va a transformar. En relación con esta exigencia MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 123, señalan que la “regla trata de garantizar el principio «antes-después» y evitar maniobras que –utilizando el régimen jurídico de constitución de una SE– impliquen un retroceso en los derechos de participación ya adquiridos”.

²¹⁷³ Así se establece en último párrafo del artículo 3.4 de la DITSE y en artículo 9.2 de la Ley 31/2006, donde expresamente se recoge que “se entenderá por reducción de los derechos de participación, a estos efectos, el establecimiento de un número de miembros en los órganos de la SE... inferior al mayor número existente en cualquiera de las sociedades participantes”. Lo cierto es que nuestra Ley nacional recoge la definición de la DITSE de forma casi textual y adicionalmente incorpora, en los términos de la Directiva, los dos supuestos en los que se concreta la reducción de los derechos de participación. Véase VALDÉS DAL-RE, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 215.

²¹⁷⁴ Recordemos que a tenor de lo previsto en el último párrafo del artículo 3.4 de la DITSE y en artículo 9.2 de la Ley 31/2006, se entiende que hay reducción de los derechos de participación de los trabajadores cuando el número de los representantes de los trabajadores en el órgano de administración o control de la SE sea inferior al mayor número existente en cualquiera de las sociedades participantes.

²¹⁷⁵ Debemos de tener en cuenta que, según lo dispuesto en los artículos 4.4 de la DITSE y 11.2 de la Ley 31/2006, en los casos de constitución de una SE mediante transformación deben de mantenerse, como mínimo, unos derechos equivalentes, en todos sus elementos, a los existentes en la sociedad que se transforma en SE.

Cuando la mitad de los miembros del órgano de administración o de control hayan sido designados por los trabajadores, únicamente podrá ser elegido como Presidente de dicho órgano un miembro designado por la Junta general de accionistas²¹⁷⁶, el Presidente dispondrá, en caso de empate, del voto de calidad²¹⁷⁷.

También es importante que el acuerdo fije los derechos y obligaciones de los consejeros representantes de los trabajadores, tanto el RESE²¹⁷⁸, como las disposiciones de referencia de la DITSE y la Ley 31/2006²¹⁷⁹ parten de la igualdad de derechos entre todos los miembros componentes del órgano de administración o control pero, en principio, no existe obstáculo alguno para que los acuerdos establezcan diferencias en el estatuto de unos y otros miembros del órgano correspondiente según el modelo de participación por el que open y las limitaciones impuestas por el principio antes-después²¹⁸⁰.

La participación de los trabajadores en el órgano de administración o control, además de establecerse por acuerdo entre la CN y las sociedades participantes en el proceso de constitución de una SE, puede también resultar determinada como consecuencia de la aplicación de las normas subsidiarias o de referencia, bien por haber transcurrido el plazo (y en su caso la prórroga) establecido para alcanzar un acuerdo sin que éste se haya podido obtener, o bien porque se llegue al acuerdo de aplicar las disposiciones de referencia²¹⁸¹.

En ambos casos de aplicación de las disposiciones subsidiarias o de referencia, la participación de los trabajadores en el órgano de administración o control, en virtud del

²¹⁷⁶ En efecto, el artículo 42 (sistema dual) y el artículo 45 (sistema monista) del RESE establecen que cuando la mitad de los miembros del órgano hayan sido designados por los trabajadores sólo podrá ser elegido como Presidente un miembro designado por la Junta general de accionistas.

²¹⁷⁷ Así viene establecido en el artículo 50.2 del RESE. Con esta disposición, al igual que sucede con las contenidas en los artículos 42 y 45 del RESE, lo que trata de preservar la preponderancia del capital en las decisiones de los órganos.

²¹⁷⁸ Véanse las disposiciones comunes a los sistemas monista y dual, en el Título III, sección 3, artículos 46 y ss., donde no existe ninguna diferencia en el trato dispensado a los miembros de los órganos por razón de su procedencia, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 50.2 y, en su caso, lo dispuesto en el apartado 3 de dicho artículo 50, aunque la Ley 19/2005 no contiene ninguna previsión al respecto y por tanto, a falta de disposición estatutaria, se aplicarán los quórums de constitución y adopción de acuerdos fijados en el apartado 1.

Por último, y aunque no forma parte de las disposiciones comunes, haré mención a lo dispuesto en las secciones 1 y 2 (artículos 42 y 45) en relación con la designación del Presidente del órgano de control o Consejo de administración.

²¹⁷⁹ Tanto el último párrafo del apartado b), Parte 3 del Anexo de la DITSE, como el artículo 20.5 de la Ley 31/2006 reconocen a los representantes de los trabajadores, que ejercen los derechos de participación en los órganos de administración o control de la SE, los mismos derechos y obligaciones que viene atribuidos a los representantes del capital.

²¹⁸⁰ Véase CASAS BAAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)”, ya cit., pág. 1058. En el mismo sentido ESTEBAN VELASCO, G., “Participación de los trabajadores en la sociedad europea. ¿Más cerca de un compromiso político?”, ya cit., pág. 1721, dice que “en principio no vemos obstáculo para que en el marco de la autonomía de las partes éstas pudieran llegar a diseñar una opción de participación que establezca algunas diferencias en el estatuto entre unos y otros miembros del órgano correspondiente”.

²¹⁸¹ Así se establece en los artículos 7.1.a) de la DITSE y 14.1.a) de la Ley 31/2006. Ahora bien, cuando la aplicación de las normas de referencia deriva de un acuerdo entre las partes, puede considerarse que, en realidad, tal acuerdo es una modalidad de los acuerdos de implicación a los que se refieren los artículos 4 de la DITSE y 8 de la Ley 31/2006. Lo cierto es que tal y como indica CASAS BAAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)”, ya cit., pág. 1059, “...la DITSE en su artículo 4.3., excluye la sujeción de los acuerdos a las disposiciones de referencia establecidas en el Anexo, «salvo disposición contraria en el propio acuerdo»...este tipo de acuerdo previsto en el artículo 7.1.a) no es más que una aplicación particular de los acuerdos de implicación regulados en el artículo 4 de la DITSE. De modo que los acuerdos de implicación pueden integrar su regulación autónoma con las disposiciones de referencia o pueden remitirse enteramente a éstas”.

principio antes-después, vendrá determinada en las SE constituidas mediante fusión si previamente existían derechos de participación que afectaran, al menos, a un veinticinco por ciento (o a un porcentaje menor si así lo decide la CN) del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes o, al menos, al cincuenta por ciento (o a un porcentaje menor si así lo decide la CN) en los supuestos de constitución mediante *holding* o filial común²¹⁸².

Cumplidos los porcentajes anteriormente indicados, los trabajadores de la SE tendrán 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 de que se trate antes de la inscripción de la SE²¹⁸³. Cuando en el seno de las sociedades participantes en el proceso de constitución de la SE existan diferentes sistemas de participación de los trabajadores, se aplicará el sistema que decida la CN y si ésta no adopta ninguna decisión al respecto, será de aplicación el sistema que determinen las normas de referencia del Estado donde la SE establezca su domicilio²¹⁸⁴. La Ley española, haciendo uso de la habilitación conferida por la DITSE, determina que, cuando existan diferentes sistemas de participación, será la CN la que decida cuál de dichos sistemas se aplicará a la SE y establece, a su vez, que la CN deberá informar al órgano competente sobre la decisión adoptada; si en la fecha de inscripción de la SE la CN no ha facilitado dicha información al órgano competente, se aplicará a la SE el sistema de participación que hubiera afectado con anterioridad al mayor número de trabajadores de las sociedades participantes²¹⁸⁵.

En las SE que se constituyan mediante transformación, si ya se aplicaban derechos de participación con anterioridad, deberán de mantenerse todos los derechos de participación que venían aplicándose en la sociedad que se transforma²¹⁸⁶.

²¹⁸² Efectivamente, los artículos 7.2.b) y c) y 14.2.b) y c) de la Ley 31/2006 establecen, en similares términos, unas reglas especiales para la aplicación de las disposiciones de referencia en materia de participación, en función de la modalidad utilizada para la constitución de la SE. Véase VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 220.

²¹⁸³ Así se establece en el apartado b), Parte 3 del Anexo de la DITSE y en el artículo 20.1.b) de la Ley 31/2006. Según indica MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Disposiciones subsidiarias y comunes aplicables a las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., págs. 213-214, “...se reitera el principio «antes-después»... principio que sirve para garantizar que los trabajadores afectados mantendrán unos derechos de participación equivalentes, como mínimo a los que tenían antes de la constitución de la SE. De esta forma, se garantiza que los trabajadores no verán reducidos sus derechos en materia de participación en la empresa por el hecho de pasar a prestar sus servicios a una SE”.

²¹⁸⁴ En efecto, en el último párrafo del artículo 7.2.c) de la DITSE se recoge una cláusula de cierre aplicable a todas las modalidades de constitución de la SE, salvo la relativa a la modalidad de constitución por transformación, y que tiene como objetivo “solventar los eventuales conflictos nacidos de la conservación de los derechos de participación de distinta naturaleza. En tal caso corresponde a la CN decidir cuál de entre las distintas formas de participación debe de ser establecida en la SE, estando habilitadas las normas nacionales de trasposición para, en defecto de decisión negocial, fijar con carácter supletorio la modalidad aplicable”. VALDÉS DAL-RÉ, F., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)”, ya cit., pág. 1106.

²¹⁸⁵ Así viene establecido en el artículo 14.3, último párrafo de la Ley 31/2006. Por otro lado, y según indica MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Disposiciones subsidiarias y comunes aplicables a las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., pág. 195, “debe tenerse en cuenta que la norma hace referencia al número de trabajadores afectados en alguna de las sociedades participantes en la constitución de la SE, no al número final de trabajadores afectados una vez constituida la sociedad. Una interpretación en otro sentido podría abrir una vía para vulnerar el derecho a la participación de los trabajadores mediante la reducción ficticia del porcentaje de trabajadores afectado, que permitiría a los creadores de la SE eludir la aplicación de la norma específica de participación”.

²¹⁸⁶ A tenor de lo previsto, tanto en el apartado a), Parte 3 del Anexo de la DITSE, como en el artículo 20.1.a) de la Ley 31/2006, en el caso de una SE constituida por transformación, todos los elementos de la

Además, se debe de tener en cuenta que la SE no está obligada a establecer sistemas de participación si dicha modalidad de implicación no existía antes en las sociedades participantes en el proceso constitutivo²¹⁸⁷.

Por último, debo señalar que la DITSE permite, en virtud de la cláusula *opting out*, que un Estado miembro decida que no se apliquen sus normas de referencia sobre participación en el caso de fusión, si se adopta esta decisión la SE así constituida, no podrá registrarse en su territorio²¹⁸⁸. A pesar de que esta cláusula fue introducida a instancias del Estado español, nuestro legislador no ha hecho uso de la misma.

La implicación de los trabajadores a través de la participación, ya sea directamente, mediante el derecho bien a elegir o designar, o indirectamente, mediante el derecho a recomendar u oponerse a la designación de determinados miembros de los órganos de administración o control de la SE es, a mi juicio, difícilmente asimilable en los Estados miembros, entre los que se encuentra España, en los que tradicionalmente existe una clara separación entre los empresarios y los trabajadores. El hecho de que estos últimos pasen a formar parte de los órganos de la sociedad resulta de difícil aceptación y despierta ciertas dosis de desconfianza y prevención, tanto por parte del accionariado, como por parte del estamento directivo.

Considero que, indudablemente, la participación de los representantes procedentes del ámbito laboral en los órganos de decisión de la SE invita a reflexionar sobre la incidencia que los representantes de los trabajadores van a tener en las decisiones estratégicas, organizativas, de gestión, etc., tomadas por la empresa y, aunque resulte difícil aceptar una influencia de los trabajadores que vaya más allá de los meros derechos de información y consulta, creo que el hecho de que participen en decisiones de este tipo dará lugar a que en procesos de reestructuración de personal, despidos, etc., se suavicen las relaciones entre la parte empresarial y la parte laboral, puesto que sus propios representantes habrán intervenido en las decisiones que se hayan tomado y, en consecuencia, la conflictividad laboral deberá de verse, cuanto menos, reducida, dada su propia participación y consenso con las medidas adoptadas que afecten a los trabajadores.

participación de los trabajadores en el órgano de administración o de control aplicados antes de la inscripción de la SE continuarán siendo de aplicación en ella. Por tanto, se establece una regla de continuidad.

²¹⁸⁷ Según lo dispuesto en el artículo 14.3, párrafo segundo de la Ley 31/2006, si ninguna sociedad participante hubiera estado regida por un sistema de participación, con anterioridad a la inscripción de la SE, ésta no está obligada a aplicar disposiciones en materia de participación. Una vez más, se hace efectivo el principio antes-después que viene a garantizar el mantenimiento de unos derechos de participación equivalentes, como mínimo, a los existentes con anterioridad. Tal y como indica MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Disposiciones subsidiarias y comunes aplicables a las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., pág. 194, “...en virtud del principio «antes-después», sólo hay obligación de establecer un sistema de participación de los trabajadores en la SE cuando ésta, o alguna de las sociedades participantes en la SE, tuviera establecido un sistema de participación. Si ninguna de aquéllas lo tenía, tampoco está la SE obligada a establecer un sistema de participación de los trabajadores”.

²¹⁸⁸ La cláusula *opting out* se recoge en el artículo 7.3 de la DITSE. Según indica VALDÉS DAL-RÉ, F., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)”, ya cit., pág. 1.105, “la Directiva habilita a los Estados miembros a establecer en sus legislaciones respectivas una específica cláusula de descuelgue, en cuyo caso entran en juego una serie de medidas limitativas para la elección por parte de las sociedades participantes, como sede social de la SE, la del país que ha acordado acogerse a dicha cláusula. Y en este orden de consideraciones, el artículo 12.3 del Reglamento dispone que, en los ordenamientos que cuenten con cláusulas *opting out*, el registro de una SE queda condicionado a la concurrencia de alguna de las dos siguientes circunstancias: vigencia de un acuerdo de implicación, que incorpore fórmulas de participación. E inaplicación en el ámbito de todas las sociedades participantes de normas nacionales sobre participación, antes de su inscripción como SE”.

IX. DISPOSICIONES VARIAS

La sección III de la DITSE²¹⁸⁹ contiene diversas disposiciones entre las que se encuentran las relativas a la reserva y confidencialidad²¹⁹⁰, al funcionamiento del órgano de representación y procedimiento de información y consulta de los trabajadores²¹⁹¹ y, a la protección de los representantes de los trabajadores²¹⁹², ya reseñadas en apartados anteriores, pero además, contiene otras disposiciones a las que de manera sucinta haré referencia a continuación (uso indebido de los procedimientos, cumplimiento de la Directiva, relación de la Directiva con otras disposiciones).

Incluye, también (aparte de las disposiciones a las que ya me he referido y de las que examinaré seguidamente) otros cuatro artículos, el primero de ellos contiene dos disposiciones finales²¹⁹³; el segundo hace referencia a la revisión de las modalidades de aplicación de la DITSE, que debe efectuar la Comisión en consulta con los Estados miembros y los interlocutores sociales a nivel comunitario, con el fin de proponer al Consejo, si fuere necesario, las oportunas modificaciones²¹⁹⁴; el tercero se refiere a la entrada en vigor de la DITSE²¹⁹⁵ y el cuarto a los destinatarios²¹⁹⁶.

²¹⁸⁹ En efecto, la Sección III de la DITSE, titulada “disposiciones varias” contiene los artículos 9 a 17 referidos a diversas materias que han sido traspuestas, prácticamente en su literalidad, por la Ley 31/2006, en los artículos 21 a 26 recogidos en el Capítulo III bajo el título “disposiciones comunes a los capítulos anteriores”.

²¹⁹⁰ El deber de confidencialidad que alcanza a los miembros de la CN, a los del órgano de representación de los trabajadores, a los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento de información y consulta, y a los expertos que les asistan, se recoge en el artículo 8 de la DITSE. El artículo 22 de la Ley 31/2006 traspone, casi literalmente, este deber que consiste en no revelar a terceros aquella información que les hubiera sido comunicada a título confidencial. Este deber subsistirá incluso tras la terminación del mandato representativo e independientemente del lugar en que el representante se encuentre, su incumplimiento puede dar lugar a responsabilidades que se exigirán de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales.

²¹⁹¹ Bajo dicho enunciado la DITSE hace referencia a las relaciones entre el órgano competente de la SE y el órgano de representación, y entre el órgano de administración o control de la SE y los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento de información y consulta. Así en el artículo 9 se establece que trabajaran con “espíritu de cooperación” respetando sus derechos y obligaciones recíprocos. Por su parte, el artículo 25 de la Ley 31/2006 se encarga de trasponer el contenido del artículo 9 de la DITSE adaptando sus conceptos al lenguaje normativo español y, en consecuencia el término “espíritu de cooperación” se traduce por el de “buena fe”. Véase VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., págs. 217 y 226.

²¹⁹² Lo que hace la DITSE en su artículo 10 es extender, a los miembros de la CN, a los del órgano de representación y a los representantes de los trabajadores que formen parte de los órganos de control o de administración de una SE, que sean trabajadores de la SE, de sus filiales o establecimientos o de una sociedad participante, las garantías establecidas en las legislaciones nacionales para los representantes de su personal. Por su parte, el artículo 23 de la Ley 31/2006 viene a trasponer el contenido del mencionado artículo 10 de la DITSE prácticamente en su más estricta literalidad.

²¹⁹³ En efecto, estas dos disposiciones finales se hallan contenidas en el artículo 14 de la DITSE. La primera disposición final se refiere al plazo que se concede a los Estados miembros para trasponer a sus legislaciones nacionales el contenido de la DITSE, y la segunda, al hecho de que los Estados miembros deben de hacer referencia en las disposiciones de transposición a la DITSE o acompañarlas de tal referencia en su publicación oficial. Por otro lado, deja libertad a los Estados miembros para establecer las modalidades de la mencionada referencia.

²¹⁹⁴ Lo cierto es que a tenor de lo establecido en el artículo 15 de la DITSE, la Comisión, “a más tardar el 8 de octubre de 2007” debía, en consulta con los Estados miembros y los interlocutores sociales y nivel comunitario, revisar las modalidades de aplicación de la DITSE, con el fin de proponer al Consejo, si fuere necesario, las modificaciones oportunas. Sin embargo, la comunicación de la Comisión sobre el reexamen de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto

Por último, debo añadir que, aunque la DITSE no se pronuncia de forma expresa sobre la capacidad jurídica los miembros de la CN, el órgano de representación y los representantes de los trabajadores que ejercen sus funciones en el marco de procedimientos de información y consulta, la Ley 31/2006 les reconoce, expresamente, la capacidad jurídica necesaria para el ejercicio de los derechos derivados de la propia ley o del acuerdo de implicación y, por tanto, podrán ejercer todo tipo de acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias por decisión mayoritaria de sus miembros²¹⁹⁷.

1. USO INDEBIDO DE LOS PROCEDIMIENTOS. FRAUDE DE LEY

La DITSE, con el fin de evitar que se prive a los trabajadores de los derechos de implicación que venían disfrutando, recurriendo para ello a la creación de una SE, ordena que los Estados miembros adopten las medidas pertinentes para evitar la utilización indebida de esta forma societaria²¹⁹⁸. En consecuencia, y en cumplimiento de dicho mandato, los Estados miembros deberán de articular las vías administrativas o judiciales que impidan operaciones societarias en fraude de ley y en perjuicio de los derechos de los trabajadores.

El sistema que se establezca deberá de conjugar adecuadamente la protección de los derechos de los trabajadores con la libertad empresarial para la realización de las operaciones societarias necesarias para el desarrollo de su actividad industrial²¹⁹⁹.

de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores tiene fecha de 30 de septiembre de 2008 (COM (2008) 591 final).

²¹⁹⁵ Efectivamente, el artículo 16 de la DITSE dice que ésta entrará en vigor el día de su publicación en el DOCE, esto es el 10 de noviembre de 2001.

²¹⁹⁶ Concretamente en el artículo 17 de la DITSE se dice que los destinatarios de la misma serán los Estados miembros.

²¹⁹⁷ Así viene establecido en el artículo 24 de la Ley 31/2006. En relación con la capacidad jurídica de los representantes de los trabajadores puede consultarse MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Disposiciones subsidiarias y comunes aplicables a las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., pág. 225; MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 201; VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 226.

²¹⁹⁸ En efecto, el artículo 11 de la DITSE ordena que los Estados miembros adopten las medidas que fueran necesarias para evitar que se constituya una SE con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de implicación que ya ostentaban o de hacer ineficaces los ya reconocidos. A fin de evitar tales actuaciones fraudulentas y en cumplimiento de lo ordenado por la DITSE, el artículo 26 de la Ley 31/2006 establece que en los supuestos en que una sentencia judicial declare que la operación de constitución de la SE hubiera sido intencionadamente configurada con el propósito de privar a los trabajadores de sus derechos de implicación o de perjudicar dichos derechos o, con posterioridad al registro de la misma, se hubieran producido cambios sustanciales en la SE o en sus empresas filiales con este mismo propósito, deberá llevarse a cabo una nueva negociación. En este sentido MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 201; VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 161, opinan que “se sienta una regla general de mantenimiento de los derechos de participación instrumentalizada jurídicamente en las previsiones del artículo 26 de la Ley 31/2006 sobre los efectos en el caso de constitución –o modificación– de la SE en perjuicio de los derechos de implicación de los trabajadores”.

²¹⁹⁹ Véase ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C. *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., págs. 284-285.

La Ley 31/2006, que traspuso la DITSE a nuestro ordenamiento jurídico, establece que cuando se haya constituido una SE con intención de privar a los trabajadores de sus derechos de implicación o de perjudicar dichos derechos, o bien, con posterioridad al registro de la SE, se hayan producido cambios sustanciales en el seno de ésta o de sus empresas filiales con ese mismo propósito, y así se declare por sentencia judicial, deberá de procederse a una nueva negociación. Se establecen, además, una serie de reglas que regirán la negociación²²⁰⁰.

La nueva negociación tendrá lugar a petición del órgano de representación de los trabajadores en la SE o de los representantes de los trabajadores de los nuevos centros de trabajo o empresas filiales de la SE y se regirá por lo previsto en el Capítulo I del Título I (relativo a el procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE) de la Ley 31/2006²²⁰¹.

2. CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA

Los Estados miembros, según dispone la DITSE, deberán velar porque todos los destinatarios de la misma cumplan las obligaciones en ella contenidas, con independencia de que se encuentren o no en el territorio del domicilio de la SE²²⁰².

Así pues, los destinatarios de las normas nacionales no son sólo los órganos sociales y los trabajadores de las SE registradas en su territorio, sino cualquiera que vulnere los

²²⁰⁰ Dichas previsiones se contienen en el artículo 26 de la Ley 31/2006. No obstante, tal y como indica VALDÉS DAL-RÉ, F., “los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 226, “no basta con la producción de un resultado perjudicial o dañoso para los derechos de implicación; es preciso un *animus nocendi*, tal y como se infiere del empleo por la norma del adverbio «intencionadamente»”.

A mayor abundamiento, la previsión contenida en el artículo 26 de la Ley 3/2006 debemos ponerla en conexión con lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición final primera de dicha ley, en virtud de la cual se tipifica como infracción administrativa muy grave “el recurso indebido a la constitución de una SE con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de información, consulta y participación que tuviesen, o de hacerlos ineficaces” (artículo 10 bis 2 e) de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social). Véase INSA PONCE DE LEÓN, L. F., “La implicación de los trabajadores en la «Societas Europaea»”, ya cit., pág. 480.

²²⁰¹ En efecto, el Capítulo I, Título I de la Ley 31/2006 contiene los artículos 4 a 13 que se ocupan de la regulación del procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE; en consecuencia, la negociación se sujeta a las reglas generales. Ahora bien, el artículo 26.b) de la mencionada Ley dispone que: a tales efectos, las referencias contenidas en los artículos correspondientes a las sociedades participantes se entenderán referidas a la SE y a sus centros de trabajo y empresas filiales; las referidas al momento anterior a la inscripción de la SE lo serán al momento de finalización sin acuerdo de las negociaciones, y las referidas a la CN lo serán al órgano de representación; por consiguiente, las reglas generales deberán de ajustarse para adaptar lo previsto en los artículos 4 a 13 a la nueva realidad de la SE. Véase MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “Disposiciones subsidiarias y comunes aplicables a las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, ya cit., pág. 225; VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 226.

²²⁰² De hecho el artículo 12.1 de la DITSE dispone que “cada Estado miembro velará por que la dirección de los establecimientos de una SE y los órganos de control o de administración de las filiales y de las sociedades participantes establecidos en su territorio y los representantes de sus trabajadores o, en su caso, los propios trabajadores cumplan las obligaciones establecidas en la presente Directiva, independientemente de que la SE tenga registrada o no su sede social en su territorio”. Coincido con la opinión de MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 163, cuando dicen que la DITSE “no se ocupa de la naturaleza y eficacia de los acuerdos de implicación, simplemente dirige a los Estados miembros un mandato genérico de velar y establecer las medidas adecuadas para que las SE, sus filiales y establecimientos, los representantes de los trabajadores, cumplan las obligaciones establecidas en la misma, independientemente de que la SE tenga registrada o no la sede social en su territorio”.

preceptos de la DITSE respecto de los trabajadores de SE domiciliadas en otros Estados miembros pero con establecimientos en su territorio²²⁰³.

A tenor de lo previsto en la DITSE (artículo 6) los acuerdos de implicación se rigen por la Ley del Estado miembro en el que la SE vaya a tener su domicilio social y por tanto, corresponderá a la Ley 31/2006 regular la validez y eficacia jurídica de los acuerdos adoptados por la CN y el órgano de representación de los trabajadores de las SE registradas en España²²⁰⁴. Pero por otro lado, también corresponde a la mencionada Ley nacional fijar la eficacia de esos acuerdos cuando los mismos hayan sido negociados conforme a las normas, principales o subsidiarias, de los Estados miembros.

La Ley 31/2006, que traspuso la DITSE a nuestro ordenamiento jurídico, hace expresa referencia en su articulado a la eficacia jurídica en España de las disposiciones de otros Estados miembros²²⁰⁵.

Con el fin de garantizar el cumplimiento de la Directiva, los Estados miembros deberán de adoptar las medidas adecuadas a tal efecto y establecer los procedimientos administrativos o judiciales que permitan la ejecución de las obligaciones contenidas en ella²²⁰⁶.

A. PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

La Ley 31/2006 dedica el Título III a regular las cuestiones procesales concernientes a la implicación de los trabajadores en la SE y se ocupa de las cuestiones de competencia, legitimación procesal y modalidades procesales, determinando, además, la aplicación supletoria de la Ley de Procedimiento Laboral (actual Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de jurisdicción social) y recogiendo el derecho de las partes a acudir a los procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos.

²²⁰³ ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C. *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, ya cit., pág. 285.

²²⁰⁴ Conforme a lo dispuesto en el artículo 12.1 de la Ley 31/2006, el acuerdo concluido entre la CN y los órganos competentes de las sociedades participantes obliga a todos los centros de trabajo de la SE y de sus filiales incluidos dentro de su ámbito de aplicación, así como a sus trabajadores respectivos, durante todo el tiempo de su vigencia (eficacia *erga omnes*). Véase MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 163; VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 229.

²²⁰⁵ En efecto, el artículo 32 de la Ley 31/2006 dispone que, los acuerdos entre la CN y el órgano competente de las sociedades participantes concluidos conforme a las normas, principales o subsidiarias, de los Estados miembros, obligan a todos los centros de trabajo de la SE y de sus empresas filiales, incluidos dentro de su ámbito de aplicación y situados en territorio español, así como a sus trabajadores respectivos, durante todo el tiempo de su vigencia (eficacia *erga omnes*).

El segundo párrafo del artículo 32, tal y como señala VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, ya cit., pág. 229, “formula una cláusula de orden público territorial frente a los acuerdos a los que nos estamos refiriendo, estableciendo que la validez y eficacia de los mismos en ningún caso puede menoscabar o alterar la competencia de negociación, información y consulta que la legislación española otorga a los comités de empresa, delegados de personal y organizaciones sindicales, «así como a cualquier otra instancia representativa creada por la negociación colectiva»”.

²²⁰⁶ De hecho, el artículo 12.2 de la DITSE ordena a los Estados miembros que impongan las medidas adecuadas para el caso de incumplimiento de la Directiva, asegurando la existencia de procedimientos administrativos o judiciales que permitan la ejecución de las obligaciones derivadas de la misma. En cumplimiento de este mandato la Ley 31/2006 ha procedido, por un lado a regular los procedimientos judiciales en el Título III y por otro, a modificar la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (según lo dispuesto en la disposición final primera).

La potestad jurisdiccional viene atribuida, con carácter general, a los órganos jurisdiccionales de orden social, que serán competentes para conocer cuantas cuestiones litigiosas se susciten en aplicación de la Ley 31/2006, con excepción de las pretensiones que versen sobre la impugnación de las sanciones administrativas, que serán objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa y de las relativas a la posición y actuación de los trabajadores que participen en el órgano de decisión y control de la SE, que corresponderán al orden jurisdiccional civil²²⁰⁷.

Se dispone, que los órganos jurisdiccionales españoles de orden social serán competentes cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos o, en su defecto, cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando la obligación que sirviese de base a la demanda hubiese sido o debiese ser cumplida en territorio español²²⁰⁸.

Se establece, que la competencia de los diferentes órganos jurisdiccionales españoles de orden social vendrá determinada de acuerdo con las reglas contenidas en la Ley de Procedimiento Laboral –actual Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social– (artículos 6 a 11)²²⁰⁹. También se establece que en aplicación de los preceptos procesales laborales mencionados, en los procesos de conflictos colectivos sobre impugnación de los convenios y sobre tutela de los derechos de libertad sindical, se atenderá a la extensión de sus efectos en territorio español²²¹⁰.

²²⁰⁷ En efecto, el artículo 33 de la Ley 31/2006 atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social la competencia para conocer de cuantas cuestiones litigiosas se susciten a la hora de aplicar nuestra Ley nacional con sometimiento expreso a la Ley de Procedimiento Laboral (actual Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social), con excepción de las pretensiones que versen sobre la impugnación de las sanciones administrativas y de las que surjan en relación con la posición y actuación de los trabajadores que participen en el órgano de decisión y control de la SE. Tal y como señala QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., “Procedimientos judiciales sobre cuestiones litigiosas surgidas en aplicación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre”, ya cit., pág. 269, “la atribución expresa de jurisdicción al orden social se encuadra en la genérica atribución de jurisdicción a dicho orden especializado del artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial después recogida en el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Laboral. Con dicha atribución se adapta la regulación procesal de la Ley 31/2006 a la técnica legislativa seguida por los artículos 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral completando el apartado p) del artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral” (la Ley de Procedimiento Laboral ha sido derogada por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, publicada en el BOE, número 245, de 11 de octubre, y que entró en vigor el 11 de diciembre, a tenor de lo previsto en su disposición final séptima). Por su parte INSA PONCE DE LEÓN, L. F., “La implicación de los trabajadores en la «Societas Europaea»”, ya cit., pág. 483, en relación con las excepciones recogidas en el artículo 33 de la Ley 31/2006, considera que “estas dos excepciones están justificadas, pues se trata de dos supuestos en los cuales, *ratione materiae*, en ningún caso pueden ser conocidos por el orden jurisdiccional social”.

²²⁰⁸ Así se recoge en el artículo 34.1 de la Ley 31/2006. En consecuencia, este precepto, tal y como indican MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 255, “ha establecido una regla general, el sometimiento expreso o tácito de las partes, y dos reglas alternativas de aplicación subsidiaria, el domicilio del demandado o el lugar de cumplimiento de la obligación”.

²²⁰⁹ A tenor de lo establecido en el artículo 34.2 de la Ley 31/2006, la competencia objetiva y territorial de los diferentes órganos jurisdiccionales de orden social queda establecida conforme a las reglas de distribución previstas en los artículos 6 a 11 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento laboral, aprobado por el RDL 2/1995, de 7 de abril (actuales artículos 6 a 11 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social). Véase QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., “Procedimientos judiciales sobre cuestiones litigiosas surgidas en aplicación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre”, ya cit., pág. 270.

²²¹⁰ Según se desprende del tenor literal del artículo 34.2 *in fine*. En este sentido, tal y como indica QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., “Procedimientos judiciales sobre cuestiones litigiosas surgidas en aplicación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre”, ya cit., pág. 271, “será necesario medir el alcance o las consecuencias del conflicto en el territorio español aun teniendo en cuenta la dimensión transnacional del mismo pero sin resultar relevante a estos efectos, de modo que también los Juzgados de lo social y las Salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas pueden ser competentes para resolverlo, y no sólo la Audiencia Nacional”.

Por último, se dispone que en ausencia de acuerdo o determinación expresa al respecto, se entenderá que el domicilio de la CN y del órgano de representación es el del registro de la SE²²¹¹.

En cuanto a la legitimación procesal, se reconoce que estarán legitimados, para promover los litigios a los que se refiere la Ley 31/2006, los empresarios, los representantes de los trabajadores, la CN y el órgano de representación de los trabajadores en la SE. Igualmente, se reconoce legitimación a los sindicatos de trabajadores y a las asociaciones empresariales para la defensa de sus derechos e intereses legítimos²²¹².

En cuanto a las modalidades procesales, aparte de las contempladas en la Ley de Procedimiento Laboral (actual Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social), se remite al proceso de conflictos colectivos la tramitación de los litigios referentes a la negociación sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE, incluidos los concernientes a la constitución y funcionamiento de la CN, del órgano de representación, o de los procedimientos de información y consulta, así como los relacionados con los derechos y garantías de los miembros de la CN, del órgano de representación en la SE, o de los representantes de los trabajadores (que ejerzan sus funciones en los procedimientos alternativos de información y consulta), y de los representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de control o de administración de la SE²²¹³.

También se tramitarán conforme al proceso de conflictos colectivos la impugnación de la decisión del órgano competente de atribuir carácter confidencial o de no comunicar determinadas informaciones, bien sea a los miembros de la CN, del órgano de

²²¹¹ Esta puntualización se introduce en el punto 3 del artículo 34 de la Ley 31/2006, ya que en todos los actos judiciales es necesario que el domicilio esté perfectamente definido, fundamentalmente, a efectos de notificaciones. Véase MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 257.

²²¹² En efecto, el artículo 35 de la Ley 31/2006 reconoce una legitimación general para la promoción de cualquier litigio que pueda derivarse en aplicación de la mencionada ley (estarán legitimados los empresarios, los representantes de los trabajadores, la CN y el órgano de representación) y una legitimación particular, en virtud de la cual los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales estarán legitimados para la defensa de sus derechos e intereses legítimos (por tanto, se restringe la legitimación para defender derechos e intereses particulares). Se está excluyendo, sin embargo, a los trabajadores individuales que no ostenten la condición de representantes de los trabajadores, miembros de la CN o del órgano de representación de los trabajadores en la SE, a pesar de lo cual tal exclusión debe de considerarse razonable teniendo en cuenta que la normativa comunitaria reconoce, fundamentalmente, derechos de naturaleza colectiva. Véase MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., págs. 258-259; QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., “Procedimientos judiciales sobre cuestiones litigiosas surgidas en aplicación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre”, ya cit., págs. 271-277.

²²¹³ Así se deduce del apartado 1 del artículo 36 de la Ley 31/2006 que determina que dichos litigios se tramitarán conforme al proceso de conflictos colectivos regulado en el Capítulo VIII del Título II, Libro segundo del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el RDL 2/1995, de 7 de abril (actual Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social; la Ley de Procedimiento Laboral ha sido derogada por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, publicada en el BOE, número 245, de 11 de octubre, y que entró en vigor el 11 de diciembre, a tenor de lo previsto en su disposición final séptima). De acuerdo con lo establecido en el artículo 151 de la citada Ley de Procedimiento Laboral, mediante el proceso de conflictos colectivos se sustanciarán los conflictos que afecten a intereses generales de grupos genéricos de trabajadores y que traten sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o una decisión o práctica de empresa (actual artículo 153 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social –según redacción dada por el RDL 3/2012, de 10 de febrero–). Tal y como señala QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., “Procedimientos judiciales sobre cuestiones litigiosas surgidas en aplicación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre”, ya cit., pág. 278, “de este modo puede cuestionarse por la vía del conflicto colectivo, la aplicación o interpretación no ya de una norma jurídica, sino también de un convenio colectivo extraestatutario e incluso de una decisión o práctica empresarial...”.

representación, o a los representantes de los trabajadores (en los procedimientos de información y consulta); igualmente se tramitarán conforme al proceso de los conflictos colectivos los litigios relativos al cumplimiento de la obligación de confidencialidad, tanto por parte de los representantes de los trabajadores, como de los expertos que les asistan²²¹⁴.

El acuerdo de no iniciar las negociaciones o de dar por terminadas las negociaciones en curso²²¹⁵, así como el acuerdo sobre implicación²²¹⁶ y los acuerdos que con el órgano competente puedan celebrar la CN, el órgano de representación de la SE y, en su caso, los representantes de los trabajadores (en los procedimientos de información y consulta), serán susceptibles de impugnación conforme al proceso de impugnación de los convenios colectivos²²¹⁷.

Las demás cuestiones litigiosas que se susciten en aplicación de la Ley 31/2006, deberán tramitarse, según su naturaleza, por las disposiciones establecidas para el procedimiento ordinario o por la modalidad procesal que corresponda de conformidad con lo establecido en la Ley de Procedimiento Laboral (actual Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social)²²¹⁸.

²²¹⁴ Así se recoge en el artículo 36.3. También se tramitarán conforme al proceso de conflictos colectivos los litigios relativos a la obligación de confidencialidad a los que hace referencia este artículo. Según indica QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., “Procedimientos judiciales sobre cuestiones litigiosas surgidas en aplicación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre”, ya cit., pág. 285, en estos supuestos “nos encontramos ante una decisión o práctica empresarial cuyo respeto se exige a los representantes de los trabajadores, y a los expertos que les asistan, por lo que entraría dentro del ámbito sustancial del proceso especial de conflictos colectivos”.

²²¹⁵ Lo cierto es que en el artículo 8.2 de la Ley 31/2006 se recoge la posibilidad de que la CN pueda decidir no iniciar las negociaciones con los órganos competentes para la celebración del acuerdo o dar por terminadas las que estuvieran en curso y someterse a las disposiciones sobre información y consulta, en consecuencia dichas decisiones se adoptan sin que intervenga la parte empresarial y por tanto, tal y como manifiesta QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., “Procedimientos judiciales sobre cuestiones litigiosas surgidas en aplicación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre”, ya cit., pág. 290, “resulta inadecuado aplicar a dicha decisión el régimen jurídico previsto en el proceso de impugnación de los artículos 161 a 164 de la Ley de Procedimiento Laboral sólo para los convenios colectivos estatutarios. Sería más coherente acudir al proceso de conflictos colectivos”.

²²¹⁶ En este supuesto sí se trata de un acuerdo adoptado entre la CN y la parte empresarial (órganos competentes de las sociedades participantes) a cuyo contenido hace referencia el artículo 11 de la Ley 31/2006 y, por tanto, de un convenio entre partes.

²²¹⁷ A tenor de lo previsto en el artículo 36.2 de la Ley 31/2006, tanto el acuerdo de implicación de los trabajadores en la SE, como los acuerdos alcanzados entre los órganos competentes de las sociedades participantes y el órgano de representación de los trabajadores, o los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta, serán susceptibles de impugnación conforme al proceso de impugnación de convenios colectivos regulado en el Capítulo IX del Título II, Libro segundo del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el RDL 2/1995, de 7 de abril (actual Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social; la Ley de Procedimiento Laboral ha sido derogada por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, publicada en el BOE, número 245, de 11 de octubre, y que entró en vigor el 11 de diciembre, a tenor de lo previsto en su disposición final séptima). También será susceptible de impugnación conforme al proceso de impugnación de los convenios colectivos la decisión de la CN de no iniciar las negociaciones con los órganos competentes de las sociedades participantes o de dar por terminadas las negociaciones en curso (artículo 8.2 de la Ley 31/2006, aunque realmente se trata de una decisión de la CN y no de un convenio entre partes). Para más información sobre las características de este proceso puede consultarse QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., “Procedimientos judiciales sobre cuestiones litigiosas surgidas en aplicación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre”, ya cit., págs. 293-297.

²²¹⁸ Así se deduce del apartado 4 del artículo 36 de la Ley 31/2006. Nótese, tal y como señalan MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 260, “que frente a esta remisión general a la Ley de Procedimiento Laboral, que realiza la Ley 31/2006, para resolver las demás cuestiones litigiosas que puedan surgir, la Ley 10/1997, reguladora de los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, hace una remisión concreta en

Para todo lo no previsto en el Título III, que acabamos de examinar, se declara de aplicación la Ley de Procedimiento Laboral (actual Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social)²²¹⁹. Asimismo, se reconoce el derecho de las partes a acudir, para la solución de sus conflictos, a procedimientos extrajudiciales²²²⁰.

B. INFRACCIONES Y SANCIONES

Con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la DITSE²²²¹, la Ley 31/2006 modifica el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social en varios aspectos²²²².

En relación con los sujetos responsables de la infracción, se añade un nuevo apartado 12 al artículo 2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, de forma que se consideran sujetos responsables a las SE domiciliadas en España, a las entidades jurídicas y, en su caso, las personas físicas domiciliadas en España que participen directamente en la constitución de una SE, así como a las personas físicas o jurídicas o comunidades de bienes titulares de los centros de trabajo situados en España de las SE y de sus empresas filiales y de las sociedades y entidades jurídicas participantes, cualquiera que sea el Estado miembro en que se encuentren domiciliadas, respecto de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores, en los términos establecido en su legislación específica²²²³.

el caso de: primero, las demandas por despido y sanciones y las demás causas de extinción del contrato de trabajo; y segundo, las demandas en que se invoque lesión de libertad sindical u otro derecho fundamental, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio”.

²²¹⁹ Finaliza el Título III, relativo a los procedimientos judiciales, con una remisión a la Ley de Procedimiento Procesal (actual Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social), que será de aplicación con carácter supletorio “en todo lo no previsto en este título” (artículo 37 de la Ley 31/2006). Tal y como señala QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., “Procedimientos judiciales sobre cuestiones litigiosas surgidas en aplicación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre”, ya cit., pág. 268, “la Ley 31/2006 sólo se ocupa de establecer las reglas sobre la potestad jurisdiccional, la competencia del orden jurisdiccional social, la legitimación procesal y las modalidades procesales por medio de las cuales encauzar las distintas controversias relativas a la aplicación de dicha Ley. Pero el legislador no establece una regulación procedimental completa, de ahí la necesidad de realizar dicha remisión en el artículo 37 de la misma”.

²²²⁰ En efecto, el artículo 38 de la Ley 31/2006, reconoce, expresamente, el derecho de las partes para acudir a procedimientos extrajudiciales a fin de resolver los conflictos que pudieran surgir en la aplicación de la citada Ley. En opinión de MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 261, “la posibilidad del recurso a estos medios de solución está más que justificado dadas las especiales características de la norma comunitaria, la eficacia extraterritorial de las normas y acuerdos de aplicación de la misma, la dificultad de adaptar las normas internacionales que delimitan la competencia jurisdiccional a las especiales características de los derechos de naturaleza colectiva, la complejidad de delimitar el lugar en que deben ejecutarse las obligaciones objeto de estudio y, por último, la inexistencia de instrumentos que posibiliten ejecutar los aspectos transnacionales de las sentencias condenatorias”.

²²²¹ Lo cierto es que a tenor de lo previsto en el artículo 12 de la DITSE se encomienda a los Estados miembros por un lado, velar porque la dirección de los establecimientos de una SE y los órganos de control o administración de las filiales y de las sociedades participantes establecidos en su territorio y los representantes de sus trabajadores o, en su caso, los propios trabajadores cumplan las obligaciones en ella establecidas, independientemente de que la SE tenga registrada o no su sede social en su territorio y, por otro, establecer medidas adecuadas para el caso de incumplimiento de la Directiva, asegurando la existencia de procedimientos administrativos o judiciales que permitan la ejecución de las obligaciones derivadas de la misma.

²²²² En efecto, la disposición final primera de la Ley 31/2006 ha modificado la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social, añadiendo un nuevo apartado 12 al artículo 2, que es el que define a los “sujetos responsables”, ha adicionado un nuevo apartado 3 al artículo 5, que se ocupa del “concepto de infracción laboral” y finalmente, ha introducido un nuevo artículo (10 bis), que “tipifica como graves o muy graves los incumplimientos en materia de derechos de implicación en la SE y en las SCE”.

²²²³ En efecto, mediante la adición de un nuevo apartado 12 al artículo 2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social se ha definido qué sujetos serán responsables de la infracción en las SE y SCE

Se adiciona un nuevo apartado 3 al artículo 5 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social definiendo las infracciones laborales en materia de derechos de implicación de los trabajadores en las SE, considerando infracciones laborales las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables contrarias a la Ley sobre implicación, a sus normas de desarrollo, a las disposiciones de otros Estados miembros con eficacia en España, a los acuerdos celebrados conforme a la normativa, y a las cláusulas normativas de los convenios colectivos que complementen los derechos reconocidos en esa normativa²²²⁴.

Por último, se añade un nuevo artículo tipificando las infracciones graves y muy graves²²²⁵.

con domicilio en España. Cabe destacar, según señalan MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., págs. 268-269, “que el carácter general de la remisión realizada permite reclamar la responsabilidad de los titulares en España por los derechos reconocidos y no satisfechos en las normas y acuerdos nacionales y comunitarios, que concurren en la ordenación de la materia. Con ello, la territorialidad del sistema sancionatorio administrativo queda suficientemente patente, pues ante las infracciones que puedan producirse en España respecto de estos derechos, la individualización del sujeto responsable queda sometida a las fronteras territoriales españolas, y ello sin perjuicio de que la responsabilidad material de la infracción tenga otro destinatario”. Más adelante, añaden que “la inclusión, entre los sujetos responsables, a las personas jurídicas y a las comunidades de bienes bien pudiera ser una licencia excesiva, un levantamiento del velo *ex lege*, tendente a asegurar el cumplimiento «personal» de las sanciones”.

En relación con la inclusión de las personas jurídicas y comunidades de bienes SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Comentarios al artículo 2”, *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (coordinador), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, págs. 69-70, opinan que este tipo de inclusiones viene siendo habitual en nuestro ordenamiento desde la transposición de la Directiva 94/45/CE, sobre constitución de un Comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores de las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria y que “la trascendencia a efectos de responsabilidad administrativa de los derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, pero también su especificidad, tiene su plasmación en el artículo 9 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. El principio de territorialidad que rige en la aplicación de las normas sancionadoras determina que estas empresas o grupos de empresas deban de estar radicadas en territorio español para que el *ius puniendi* pueda ejercerse sobre las mismas. La inclusión, entre los titulares de éstas, a las personas físicas y a las comunidades de bienes bien pudiera ser una licencia excesiva, un levantamiento del velo *ex lege*, tendente a asegurar el cumplimiento «personal» de las sanciones”.

²²²⁴ El concepto de infracción laboral viene definido por el artículo 5 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, ahora bien, mediante la introducción de este nuevo apartado 3 se define qué se considera infracción laboral en materia de derechos de implicación de los trabajadores en las SE. Tal y como señalan MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 271, “las conductas objeto de sanción quedan referidas a acciones u omisiones contrarias a un orden normativo concreto de referencia que ha incorporado deberes legales sobre las materias expresamente mencionadas en la Ley”.

²²²⁵ Mediante la introducción de este nuevo artículo 10 bis de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social se tipifican las infracciones que pueden cometer las SE y SCE en materia de derecho de implicación de los trabajadores. Cabe resaltar, por un lado, que la tipificación se limita a las faltas graves o muy graves, en ningún momento se contempla la posibilidad de tipificar faltas de carácter leve y, por otro lado, que la referencia hecha a las infracciones graves lo es con carácter subsidiario, puesto que, literalmente se recoge que “son infracciones graves «salvo que proceda su calificación como muy graves»”. Véase MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, ya cit., pág. 273. En opinión de estos autores “esta forma de proceder puede dificultar la calificación en tanto habrá que valorar la mayor o menor gravedad de la conducta empresarial en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho o derechos de información, consulta y participación de los trabajadores afectados”.

3. RELACIÓN DE LA DIRECTIVA CON OTRAS DISPOSICIONES

Tanto la DITSE²²²⁶, como la Ley 31/2006²²²⁷ regulan la relación entre la normativa sobre implicación de los trabajadores en la SE y otras disposiciones, distinguiendo entre las normas que regulan los derechos de información y consulta de los trabajadores de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (disposiciones sobre el Comité de empresa europeo)²²²⁸ y las disposiciones previstas por las legislaciones nacionales en materia de participación de los trabajadores en los órganos sociales.

Respecto a la normativa sobre el Comité de empresa europeo se establece que, cuando una SE sea una empresa de dimensión comunitaria o una empresa de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria (conforme a la normativa anteriormente indicada²²²⁹), no se le aplicarán, ni a ella, ni a sus filiales, las directivas ni las disposiciones nacionales que regulan ese tipo de empresas o grupos. Aunque esta regla tiene una excepción: los casos en que la CN haya acordado no iniciar las negociaciones o poner fin a las que se hubieran iniciado, supuesto en el que sí resultaran aplicables aquellas normas²²³⁰. Por tanto, la normativa sobre SE desplaza a la normativa sobre el Comité de empresa europeo, salvo que la CN decida no iniciar o poner fin a las negociaciones sobre implicación²²³¹.

En relación con las disposiciones previstas en las legislaciones nacionales en materia de participación en los órganos sociales, se establece que no se aplicarán a las SE las disposiciones previstas por la legislación o la práctica nacional cuando difieran de la normativa sobre implicación (DITSE y ley de trasposición)²²³². Ahora bien, la normativa sobre implicación no afectará: a) a los actuales derechos de implicación, distintos de la participación en los órganos de la SE (derechos de información y consulta) de que gozan los trabajadores de la SE o de sus filiales y establecimientos, previstos en las legislaciones o

²²²⁶ La DITSE, en el artículo 13, trata de la coordinación entre su contenido normativo y otras normas estatales y comunitarias que también atribuyen derechos de información, consulta y/o participación a los trabajadores. Según indica SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 153, “el objetivo de tal regulación es evitar eventuales conflictos de aplicación entre dichas normas y también impedir solapamientos injustificados de los mecanismos de implicación, particularmente en lo que se refiere a los derechos de participación”. En este mismo sentido afirma CASAS BAAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación negociada)”, ya cit., pág. 372, que “la finalidad de esta regulación es evitar la dualidad o superposición de instancias de representación transnacionales en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”.

²²²⁷ La disposición adicional primera de la Ley 31/2006, bajo el título “no afectación de legislaciones y prácticas nacionales”, viene a trasponer el artículo 13 de la DITSE, reiterando las reglas establecidas en la norma comunitaria.

²²²⁸ Esto es, la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre, traspuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 10/97, de 24 de abril.

²²²⁹ Se está refiriendo a la Directiva 94/45/CE y a la Ley 10/97.

²²³⁰ Así se recoge en el apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley 31/2006, que viene a reiterar lo previsto en el artículo 13.1 de la DITSE.

²²³¹ Véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 408. En el mismo sentido SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág. 154, considera que lo que se hace es “otorgar prioridad aplicativa a la normativa sobre implicación de los trabajadores en la SE”.

²²³² En efecto, el apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley 31/2006, que viene a reiterar lo previsto en el artículo 13.2 de la DITSE (en relación con las disposiciones previstas en las legislaciones nacionales que reconocen derechos de participación), establece su no aplicación a la SE. Sin embargo, si se mantienen «los derechos en materia de participación en los órganos de que gozan los trabajadores de las filiales de la SE de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales» (disposición adicional primera, apartado 3.b y artículo 13.3.b) de la DITSE).

prácticas nacionales²²³³; y b) a los derechos en materia de participación en los órganos de que gocen los trabajadores de las filiales de la SE de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales.

Con el fin de salvaguardar los mencionados derechos, la DITSE introduce una habilitación expresa en virtud de la cual los Estados miembros podrán adoptar las medidas que consideren necesarias a los indicados efectos²²³⁴. Haciendo uso de esa habilitación, nuestra Ley nacional²²³⁵ preceptúa que el registro de la SE no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores de las sociedades participantes que dejen de existir como entidades jurídicas diferenciadas, que seguirán ejerciendo sus funciones²²³⁶.

²²³³ Según lo establecido en el apartado 3.a) de la disposición adicional primera de la Ley 31/2006, que se limita a reiterar lo previsto en el artículo 13.3.a) de la DITSE. Tal y como señala SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág.154, “ello implica, por tanto, el mantenimiento de las estructuras representativas preexistentes y su coexistencia con aquellas que eventualmente se constituyan en cumplimiento de la normativa sobre implicación de los trabajadores en la SE, que se configuran como órganos representativos de segundo nivel”.

²²³⁴ De esta forma el artículo 13.4 de la DITSE señala que “con el fin de salvaguardar los derechos mencionados en el apartado 3, los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar, después de la inscripción de la SE, el mantenimiento de las estructuras de representación de los trabajadores en las sociedades participantes que dejen de existir como entidades jurídicas diferenciadas”.

²²³⁵ Concretamente en el apartado 4 de la disposición adicional primera de la Ley 31/2006 se recoge que “para salvaguardar los derechos mencionados en el apartado 3 el registro de la SE no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores de las sociedades participantes que dejen de existir como entidades jurídicas diferenciadas, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad”. En opinión de SOLÀ MONELLS, X., “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, ya cit., pág.155, “lo más lógico es entender que el apartado 3.a) de la disposición adicional primera de la Ley 31/2006 garantiza el mantenimiento del mandato representativo siempre que la circunscripción electoral continúe existiendo como tal una vez inscrita la SE”.

²²³⁶ Así, por ejemplo, los miembros de Comités de empresa o delegados de personal de centros de una sociedad española que se fusione en una SE seguirán en principio ejerciendo su mandato y sus funciones conforme a lo previsto en el Título II del ET (o conforme a los convenios colectivos aplicables). RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, ya cit., pág. 409.

CONCLUSIONES

I

La diversidad legislativa existente en materia societaria ha obligado, en el proceso de construcción del Mercado Común o Mercado Interior, a buscar soluciones jurídicas que permitan a los operadores económicos de los Estados miembros desplegar su actividad empresarial en un territorio más amplio, cual es el territorio de la Unión Europea, y que garanticen la libertad de movimientos dentro del espacio comunitario. Se impone la necesidad de contar con formas jurídicas adecuadas que les permitan funcionar en el ámbito europeo de forma semejante a como lo hacen en los mercados nacionales y que posibiliten su redimensionamiento empresarial. En fin, se trata de buscar instrumentos jurídicos que propicien y faciliten el proceso de integración europea en el que la consecución de un Mercado Interior constituye una pieza fundamental.

La Sociedad Anónima Europea fue uno de los primeros instrumentos legislativos propuestos para la construcción de un Mercado Interior en el seno de la Unión Europea y para facilitar la libertad de movimiento y redimensionamiento de las entidades jurídicas, sin perjuicio del proceso armonizador desarrollado, principalmente, hasta finales de la década de los ochenta, aunque lo cierto es que ya desde los primeros proyectos de estatuto de la Sociedad Anónima Europea se plantearon múltiples problemas. Las primeras propuestas de 1970 y 1975 presentaban un tipo societario de auténtica naturaleza europea con un estatuto exhaustivo, completo e incluso demasiado avanzado para la época (ya que regulaba hasta los grupos de sociedades), que imponía un modelo de administración procedente fundamentalmente del Derecho alemán, con un sistema de administración dual que incluía la participación de los trabajadores en el órgano de vigilancia, estableciendo, por tanto, un sistema de cogestión en el gobierno de la Sociedad Anónima Europea. Estos proyectos de claro signo europeísta mostraban una figura jurídica completamente europea de carácter supranacional por la que podían optar los operadores económicos que decidieran desplegar su actividad en el territorio comunitario. Pero un estatuto de estas características produjo el rechazo de los Estados miembros por su carácter totalizador que permitía eludir los ordenamientos nacionales con el consiguiente peligro de que la Sociedad Anónima Europea entrara en competencia con las sociedades nacionales. No resultaba fácil renunciar a las propias tradiciones jurídicas y aceptar modelos extraños y a mayor abundamiento la inserción de los trabajadores en las estructuras societarias despertaba los recelos y la desconfianza de los Estados miembros que carecían de previsiones legislativas en este sentido. Por todo ello, en las propuestas de 1989 y 1991 se abandonó definitivamente la idea de crear un tipo societario regulado por normas de auténtica naturaleza europea, otorgándose cierto protagonismo a los Derechos nacionales mediante la remisión de determinados contenidos y además se desdobló la disciplina de la Sociedad Anónima Europea en dos cuerpos normativos: un Reglamento y una Directiva referida a la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea.

A lo largo del proceso de gestación del estatuto de la Sociedad Anónima Europea se produce, paulatinamente, un vaciamiento de los contenidos regulados por normas de auténtica naturaleza comunitaria. Se busca una solución mediante acuerdos políticos, en los que prima el pragmatismo para llegar al consenso; así, a fin de conseguir el beneplácito de los Estados miembros, los temas conflictivos, en unos casos se remiten a la legislación

nacional del domicilio de la Sociedad Anónima Europea, bien sea a la de general aplicación para las sociedades anónimas o a la específicamente adoptada para las Sociedades Anónimas Europeas o, incluso, a una Directiva, como sucedió con la materia relativa a la participación de los trabajadores; y, en otros casos, simplemente se suprimen (regulación de los grupos de sociedades), o bien se suavizan (permitiendo la opción entre el sistema monista o dual).

La idea de ceder parte de la soberanía en un terreno tan importante como el económico no es bien aceptada; surgen temores sobre un posible desmembramiento del tejido empresarial, la deslocalización de empresas, la pérdida de ingresos vía fiscal, la inserción de los trabajadores en las estructuras de gobierno societarias, etc. En fin, cabe afirmar que la Comisión Europea tropezó con la dificultad de aunar los intereses políticos, económicos y sociales, por lo que finalmente el estatuto de Sociedad Anónima Europea definitivamente aprobado adopta una solución pragmática y es fruto de un compromiso político.

No se ha afrontado el proyecto con amplitud de miras, los miedos y reticencias de los Estados miembros han pesado más que la objetividad en la búsqueda de soluciones jurídicas adecuadas para la consecución del fin propuesto. El legislador comunitario ha optado por la vía más asequible y de esta forma se ha perdido la oportunidad de crear un nuevo tipo societario de carácter supranacional, sometido a un régimen jurídico único y con unicidad en su interpretación.

II

El estatuto de la Sociedad Anónima Europea aprobado por el Reglamento (CE) N° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, aunque por su forma es un instrumento de Derecho comunitario de aplicación directa en todos los Estados miembros, en realidad es un híbrido jurídico comunitario/nacional, puesto que junto con normas de auténtica naturaleza comunitaria conviven en un delicado equilibrio normas de carácter nacional. Ni tan siquiera podemos decir que se ha elaborado un estatuto jurídico que regule un nuevo tipo societario con carácter unitario en todo el territorio de la Unión Europea, sino que habrá tanta variedad de Sociedades Anónimas Europeas como de Estados miembros. Así pues, junto a las sociedades por acciones auténticamente nacionales nos encontraremos con otras sociedades que, aunque presentan una mayor uniformidad con las de los demás Estados miembros, no dejan por ello de ser, en cierta medida, nacionales.

El pragmatismo seguido por los redactores del RESE ha dado lugar al nacimiento de una nueva figura societaria que intenta presentarse, de cara al exterior, con una identidad europea, pero que, realmente, si profundizamos en sus raíces, vemos que, tras una misma apariencia externa, nos encontramos en realidad con veintisiete modalidades de Sociedades Anónimas Europeas, más las tres procedentes de los Estados del Espacio Económico Europeo –Islandia, Noruega y Liechtenstein (cifra que vendrá a incrementarse, en el momento en que se produzcan nuevas adhesiones a la Unión Europea)–, puesto que existirá una Sociedad Anónima Europea francesa, inglesa, alemana, española, etc., aunque para enmascarar tal hecho y mantener la apariencia europeísta de este tipo societario nos limitamos a hablar de Sociedad Anónima Europea domiciliada en... Lejos quedan las viejas aspiraciones de conseguir una Sociedad Anónima Europea regulada en todos sus aspectos por normas de auténtico Derecho europeo y con una identidad plenamente europea.

La multiplicidad de modelos de Sociedad Anónima Europea con las que nos vamos a encontrar, dado el amplio margen de regulación que el RESE deja a los legisladores nacionales, va a propiciar la competencia entre ordenamientos con las consiguientes consecuencias negativas que pueden derivarse, ya que con el ánimo de atraer a las grandes

sociedades se puede caer en la tentación de legislar a la baja (*race to the bottom*), con lo que se corre el peligro de trasladar al territorio de la Unión Europea el temido “efecto *Delawere*”. Una mayor permisividad jurídica y fiscal de la legislación aplicable puede motivar que una Sociedad Anónima Europea se constituya o traslade su domicilio a un determinado Estado miembro, lo que, sin duda, viene a perturbar las razones por las que se ha creado esta nueva figura societaria.

Si lo que los Estados miembros pretendían era evitar la posibilidad de que las sociedades anónimas nacionales entraran en competencia con una sociedad regulada por normas de auténtica naturaleza europea no han logrado su objetivo, puesto que el estatuto definitivamente aprobado para la regulación de la Sociedad Anónima Europea, lejos de eliminar tal efecto, lo que hace es acrecentarlo dada la pluralidad de modelos de Sociedades Anónimas Europeas que van a coexistir en el espacio comunitario.

III

La creación de una Sociedad Anónima Europea, regulada por un estatuto unitario de aplicación directa en todos los Estados miembros de la Unión Europea, lleva implícita la exigencia de mayores y más ambiciosos niveles de integración en el orden político-jurídico, ya que mientras persistan los nacionalismos, persistirá, sin duda, la oposición a la existencia de un tipo societario regulado en todos sus ámbitos por normas de Derecho europeo, máxime teniendo en cuenta la importancia del sector económico, que es un sector estratégico en cualquier país; cierto es que, por una u otra de las vías apuntadas (armonización, creación de nuevas figuras societarias), se han ido reduciendo las diferencias legislativas entre los diversos países, pero llegar a una legislación unitaria en esta materia no parece factible hoy por hoy; a mayor abundamiento, la crisis en la que actualmente nos vemos inmersos lejos de favorecer el proceso integrador de la Unión Europea está poniendo en cuestión la misma, y sobremanera la unión monetaria. Además, los países económicamente más fuertes como Alemania, secundada, en un principio, por Francia (está por ver la posición que adopta tras los últimos cambios políticos), están ejerciendo una influencia determinante sobre las decisiones a adoptar por las instituciones europeas, imponiendo de esta forma sus criterios a los Estados miembros más deprimidos y poniendo de manifiesto la falta de independencia y de autoridad de unas instituciones europeas que actúan al dictado de los miembros más poderosos de la Unión.

La influencia de las diversas identidades nacionales resulta palpable en el actual estatuto de Sociedad Anónima Europea. Buena prueba de ello es que tras un largo proceso de gestación, que ha durado más de treinta años, los acuerdos que han permitido que esta figura societaria viera la luz son acuerdos de carácter político alcanzados en el Consejo Europeo que se celebró en Niza en diciembre de 2000.

Además, debo resaltar la importancia que en la aplicación práctica de esta figura tiene la regulación de su régimen fiscal, puesto que en materia fiscal el grado de armonización es mínimo y a mayor abundamiento el RESE ha excluido expresamente el Derecho fiscal de su ámbito objetivo. Una sociedad de carácter transnacional necesita contar con una regulación fiscal adecuada a su actividad, la falta de armonización en este campo y la consiguiente disparidad entre ordenamientos jurídicos va a dar lugar a discriminaciones en función del Estado miembro que se elija para fijar el domicilio social. Urge la aprobación de un régimen fiscal para la Sociedad Anónima Europea, puesto que su falta condiciona la utilidad práctica de la figura.

Realmente el legislador comunitario ha seguido el único camino que le han dejado para lograr la aprobación del estatuto regulador de la Sociedad Anónima Europea, pero debe persistir en el intento y bien a través de Directivas o mediante la aprobación de Reglamentos

complementarios conseguir una mayor uniformidad legislativa en la regulación de esta figura jurídica, no sólo en los aspectos societarios sino también en los fiscales.

IV

El articulado del RESE está plagado de continuas remisiones a lo dispuesto *ad hoc* por los legisladores nacionales para la Sociedad Anónima Europea, a la legislación nacional reguladora de las sociedades anónimas y en último término, a las disposiciones estatutarias en las mismas condiciones que sean aplicables a las sociedades anónimas nacionales. En consecuencia, la practicidad y utilidad de la figura va a venir condicionada en parte por la mayor o menor flexibilidad de las disposiciones adoptadas por los Estados miembros para su regulación y por el carácter, más o menos, imperativo o dispositivo, de las normas que fueran de aplicación a sus sociedades anónimas nacionales.

Resulta destacable, la importancia que tiene la normativa de adaptación nacional por la estrecha relación que se establece entre el RESE y los ordenamientos jurídicos nacionales, así como el relevante papel que el RESE ha otorgado a los legisladores nacionales en lo tocante a la construcción de este nuevo tipo societario, si bien, a estos efectos, se debe de tener presente que el ámbito de actuación que se les ha conferido no es ni ilimitado, ni absoluto, puesto que en la elaboración de las disposiciones legales necesarias para desarrollar el estatuto de las Sociedades Anónimas Europeas domiciliadas en su territorio deberán respetar tanto el articulado, como los principios contenidos en el RESE e, igualmente, lo establecido en las Directivas comunitarias en materia de sociedades anónimas y, a mayor abundamiento e implícito en el respeto debido a la normativa contenida en el RESE, deberán dispensar a las Sociedades Anónimas Europeas que decidan establecerse en su territorio el mismo trato que el otorgado por su legislación a las sociedades anónimas nacionales.

Lo cierto es que conforme a lo previsto en el RESE se fija como punto de conexión para la aplicación de un determinado ordenamiento nacional el domicilio social de la Sociedad Anónima Europea y se establece el principio de igualdad de trato con las sociedades anónimas nacionales, pero son escasas las materias reguladas por normas de auténtica naturaleza comunitaria, siendo la materia de órganos una de las materias en las que, por lo menos en parte, se mantiene tal naturaleza; la falta de armonización en este punto ha obligado al legislador a efectuar una regulación más amplia y de fondo. Sin embargo, en temas de relevante importancia como pueden ser los deberes y responsabilidades de los miembros de los órganos el RESE no es especialmente exhaustivo, y no va más allá de hacer una referencia general a las funciones de cada órgano y a establecer una cláusula general de responsabilidad que debe de integrarse y complementarse con las disposiciones nacionales.

Igualmente, los procesos relativos a la disolución liquidación y concurso de la Sociedad Anónima Europea, de los que a tenor de lo establecido tanto en nuestra Ley de Sociedades de Capital (artículo 367) como en nuestra Ley Concursal (artículo 172 bis) pueden derivarse importantes responsabilidades de los administradores, quedan sometidos, por disposición del RESE, a la legislación del Estado miembro del domicilio de la Sociedad Anónima Europea.

V

El sistema de fuentes que contiene el RESE resulta de lo más complejo y su interpretación y aplicación, en muchas materias, reviste cierta dificultad, puesto que el sistema general del artículo 9 debe ponerse en relación con las previsiones específicas de

integración normativa. En efecto, son diversas las relaciones que se establecen entre la normativa comunitaria y la normativa nacional, ya sea la legal o la estatutaria. Así, en algunas ocasiones nos encontramos con remisiones de carácter genérico o específico a la normativa nacional de las sociedades anónimas (artículos 47.2.a), 51 y 53), con autorizaciones de regulación a los Estados miembros, bien de carácter genérico (artículos 39.5 y 43.4), o específico, limitadas (artículos 39.1 *in fine* y 39.2, párrafo segundo *in fine*) o no (artículo 39.4 *in fine*) por lo dispuesto en la legislación nacional para las sociedades anónimas. En el ámbito estatutario se incluyen mandatos de regulación que pueden configurarse libremente en unos casos (artículo 48.1) y, en otros, con subordinación a lo establecido para las Sociedades Anónimas Europeas (artículo 39.4), simples autorizaciones estatutarias de regulación sin limitaciones (artículo 50.1 y 38 b) o condicionadas a lo permitido por la legislación nacional para las sociedades anónimas (artículo 47.1). También se hace mención a diversas Directivas comunitarias (artículos 3.2, 12, 13, 17.2.a), 18, 21.b), 22, 28, 31.1, 32.4, 33.3, 37.5, 6 y 7, 62.1 y 2, 66.5 y 6, 67.2 y 69.b) y a la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

Cabe afirmar, por tanto, que la Sociedad Anónima Europea presenta una regulación incompleta, puesto que el estatuto de este nuevo tipo societario no regula directamente todos los aspectos que le son propios, y dividida en dos textos, el RESE y la Directiva relativa a la implicación de los trabajadores que, aunque son de aplicación conjunta, tienen distinta jerarquía jurídica (los Reglamentos son de aplicación directa, mientras que, las Directivas deben ser transpuestas a los ordenamientos jurídicos nacionales). Lo cierto es que en el RESE encontramos tres tipos de normas: las que son directamente aplicables, las que deben adoptarse por los legisladores nacionales para asegurar la efectividad de las disposiciones en él contenidas y las que establecen a favor de los Estados miembros la posibilidad de imponer una obligación, regular una materia o bien ejercitar una opción entre las propuestas que contiene. Esta característica normativa se hace patente a lo largo del articulado del RESE y especialmente en los artículos que regulan el régimen jurídico de la administración de la Sociedad Anónima Europea.

En efecto, para dar cumplimiento a lo establecido en el RESE se requiere la intervención de los Estados miembros. Así, en España, donde solamente se regula el sistema de administración monista se han tenido que adoptar por nuestro legislador nacional las disposiciones pertinentes para la regulación del sistema dual a efectos de garantizar tanto la plena efectividad del Reglamento, como la libertad de opción entre los dos sistemas de administración en él contenidos.

Resulta extraño que el RESE, que es un instrumento de Derecho comunitario de aplicación directa en todos los Estados miembros, se vea necesitado de la colaboración de los legisladores nacionales para garantizar la efectividad de su aplicación, característica que hace que, en cierto modo, se asemeje a una Directiva.

VI

La regulación de Sociedad Anónima Europea por normas de naturaleza jurídica mixta (Derecho comunitario/Derecho nacional) va a dar lugar a que en la práctica surjan dudas interpretativas y competenciales en la aplicación del RESE e incluso relacionadas con la posibilidad e interés de constituir una Sociedad Anónima Europea en un determinado Estado miembro, pues dejando aparte las escasas materias que se regulan con carácter común existen otras realmente extensas y de relevante importancia (p. ej.: la disolución, liquidación y concurso, la responsabilidad de los miembros de los órganos, etc.) que están reguladas por multiplicidad de legislaciones en función del país donde la Sociedad Anónima Europea establezca su domicilio social, lo que va a dar lugar a que nos encontremos con una

auténtica maraña legislativa y por consiguiente, con problemas de interpretación y delimitación competencial que sin duda darán lugar a que se cree un clima de inseguridad jurídica en torno a este nuevo tipo societario, sin desdeñar los efectos nocivos que pueden derivarse del desconocimiento tanto de la normativa aplicable como de la interpretación que puedan llevar a cabo los Tribunales.

Las dificultades para la aplicación práctica de este nuevo tipo societario harán necesario que, tanto en el momento fundacional, como a lo largo de la vida social, se cuente con un asesoramiento especializado y altamente cualificado, con amplios conocimientos no sólo del Derecho societario nacional sino también del Derecho societario europeo; sin olvidar, por otro lado, y teniendo en cuenta la regulación de la figura por normas de naturaleza mixta comunitaria/nacional, los problemas de tipo competencial que pueden presentarse entre los Tribunales comunitarios y nacionales. Todo ello, sin duda, llevará a cuestionarse la oportunidad de constituir una Sociedad Anónima Europea.

VII

La Sociedad Anónima Europea va a permitir que los operadores económicos puedan actuar en todos los países miembros de la Unión Europea sin necesidad de abrir sucursales, agencias, representaciones, etc. Podrán cambiar el domicilio social dentro de la Unión Europea sin necesidad de variar su estructura básica y, en consecuencia, sin tener que satisfacer impuestos por ello, además de facilitar la reestructuración y organización de las empresas cuyo ámbito exceda de lo local mediante procesos de fusión y concentración de carácter transfronterizo, mejorando la competitividad a escala mundial y reduciendo los costes de transacción y toma de decisiones, lo que, en definitiva, redundará en sus cuentas de beneficios. Puede decirse que su funcionalidad se manifiesta, tanto en relación con el derecho de establecimiento *stricto sensu* como con las operaciones empresariales que podemos denominar de redimensionamiento en el ámbito europeo; sin desdeñar, por otro lado, las ventajas que supone funcionar con una “marca comunitaria/Sociedad Anónima Europea” en el tráfico mercantil internacional.

Esta nueva forma jurídica va a poder operar directamente en todos los Estados miembros de la Unión Europea, si bien, aunque no tenga la condición de sociedad extranjera, va a tener un carácter especial dado que cuenta con un régimen jurídico que en gran medida está armonizado en todos los países que forman parte de la Unión Europea, aunque en numerosos aspectos se va a regir por la ley personal de su domicilio social.

La aprobación de la Décima Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, incorporada a la legislación española mediante la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (la Décima Directiva ha sido modificada por la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, que se ha incorporado al Derecho español mediante el RDL 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital), puede venir a reducir la utilidad y funcionalidad de la Sociedad Anónima Europea, tanto en las operaciones de reestructuración transfronterizas, como en relación con el derecho de establecimiento.

A pesar de que a lo largo del proceso histórico de creación de la Sociedad Anónima Europea se han reducido las materias reguladas por normas de auténtica naturaleza comunitaria, se ha mantenido viva la motivación de esta figura como un instrumento jurídico que se pone a disposición de los operadores económicos con carácter facultativo, pero adecuado para facilitar las operaciones de redimensionamiento empresarial y posibilitar la libertad de establecimiento en el ámbito comunitario, permitiendo el desarrollo

de sus actividades empresariales en el marco económico de la Unión Europea. Sin embargo, dada la escasa sustantividad propia del Reglamento, resulta inevitable que a primera vista tengamos la impresión de que, lo que realmente ha pretendido el legislador comunitario es brindar a los operadores económicos un instrumento jurídico que facilite las operaciones de reestructuración transfronteriza, más que regular un nuevo tipo societario.

VIII

La Sociedad Anónima Europea está dotada de una estructura orgánica de carácter corporativo, que se regula con cierto detalle en el RESE (Título III, artículos 38 a 60), aunque también se otorga un papel relevante a la legislación nacional del domicilio. La administración se organiza, según determinen los estatutos, bien con el sistema monista, con un único órgano de administración, bien con el sistema dual, con dos órganos, uno de dirección y otro de control o vigilancia. Se impone la obligación de optar estatutariamente por uno de los dos sistemas, aunque dicha opción es atribuida a los fundadores de la Sociedad Anónima Europea sustrayendo tal competencia a los legisladores nacionales, evitando, de esta forma, que traten de imponer el sistema que nacionalmente sea el aceptado; pero se otorga a los Estados miembros la posibilidad de imponer, en los supuestos en que estatutariamente se haya optado por un sistema monista, la obligación de que la administración corriente sea atribuida a uno o más consejeros delegados, lo que permite que los Estados miembros, defensores del sistema dual, puedan regular el sistema monista imponiendo obligatoriamente una delegación de las facultades de gestión en uno o más consejeros delegados, reservando para el órgano en pleno las funciones de supervisión de la gestión constituyendo, de esta forma, un pseudo-sistema dual.

La doble posibilidad de organizar la administración da lugar al quebranto de determinadas tradiciones jurídicas en la materia. Así, países que tradicionalmente contemplaban solamente el sistema dual (Alemania) o solamente el sistema monista (España) deben regular el sistema que sea desconocido en su ordenamiento jurídico societario. Cabe destacar que resulta, cuanto menos, llamativa la forma en que el RESE se refiere a la regulación de los sistemas de administración (monista o dual) que, según sea el caso, sean desconocidos por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, ya que, a priori, parece que lo que está haciendo es otorgar una facultad, puesto que dice que los Estados miembros “podrán adoptar las medidas oportunas”; sin embargo en todo caso los Estados miembros vienen obligados a adoptar las disposiciones pertinentes que garanticen la aplicación efectiva del RESE (artículo 68.1); además, no hacerlo va en contra de sus propios intereses, teniendo en cuenta que un vacío legislativo crea incertidumbre e inseguridad al despertar las reticencias de los operadores económicos a la hora de constituir una Sociedad Anónima Europea.

Es positivo que se otorgue a las Sociedades Anónimas Europeas la posibilidad de organizar la administración mediante un sistema dual o monista, de forma que puedan optar por la modalidad que resulte más adecuada a sus dimensiones e intereses en cada momento. No obstante, en detrimento de la regulación efectuada por el legislador comunitario, he de apuntar que se hace patente su preferencia por el sistema dual al otorgar a los Estados miembros la posibilidad de imponer a las Sociedades Anónimas Europeas que decidan establecerse en su territorio y opten por el sistema monista de administración la obligación de que la administración corriente sea atribuida a uno o más consejeros delegados. Habría sido deseable que el legislador comunitario se hubiese mostrado más imparcial y hubiera confiado a la autonomía estatutaria la posibilidad de optar por uno de los dos sistemas sin condicionamiento alguno.

IX

La Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España viene a dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 68 del RESE que impone a los Estados miembros la obligación de adoptar las disposiciones necesarias para garantizar la efectividad de las normas de aplicación directa que contiene, aunque lo ha hecho de manera sucinta. De hecho, en la Exposición de Motivos declara que la Ley tiene un alcance muy limitado y su única pretensión es ofrecer las precisiones que sean indispensables para cumplir las exigencias impuestas por el Reglamento comunitario. Sin embargo resulta contradictorio con esta afirmación que el primer artículo que dedica a la regulación de la Sociedad Anónima Europea (artículo 312 del TRLSA, actual artículo 455 de la Ley de Sociedades de Capital) y que titula “régimen de la Sociedad Anónima Europea” contenga una enumeración de fuentes, en las que no se establece jerarquía alguna, que además de innecesaria resulta equívoca e incompleta, ya que solamente hace referencia a las disposiciones contenidas en el RESE, a las específicamente adoptadas por nuestro legislador y a la Ley reguladora de los derechos de implicación de los trabajadores; pero las Sociedades Anónimas Europeas domiciliadas en España también se registrarán por sus estatutos sociales, por las disposiciones legales que sean de aplicación a una sociedad anónima constituida con arreglo a nuestra legislación y por las demás normas que sean de aplicación en función de la actividad desarrollada (artículo 9.3 del RESE).

Esta Ley también viene a regular el sistema de administración que es desconocido en la legislación societaria española, esto es, el sistema dual, e incluye algunas previsiones efectuadas en función de las autorizaciones contenidas en el RESE (como son el número mínimo y máximo de los miembros del Consejo de dirección; el límite de la cobertura de vacante en la Dirección por un miembro del Consejo de control; la representación de la sociedad frente a los miembros del órgano de dirección; la posibilidad de convocar a los miembros de la Dirección para que asistan, con voz pero sin voto, a las reuniones del Consejo de control; la previsión a efectos de que el Consejo de control pueda acordar qué operaciones deben quedar sometidas a su autorización previa, la facultad otorgada al Consejo de control para que pueda convocar la Junta general de accionistas cuando lo estime conveniente para el interés social o cuando las Juntas no se convoquen dentro de los plazos establecidos en el RESE o en los estatutos). Dicha regulación es concisa y remitiéndose, siempre que resulta posible, a lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para los administradores o, en su caso, para el Consejo de administración de nuestras sociedades anónimas. El legislador español no ha tenido en cuenta que con esta técnica normativa de remisión a unas disposiciones que están pensadas para un sistema monista de administración, aunque sea con delegación de facultades, lo único que se consigue es generar problemas de aplicación e interpretación, pues obviamente habrá que forzar el contenido de las mismas para adaptarlas a un sistema dual en el que se da una clara separación funcional.

Lo cierto es que el legislador español al acometer la tarea de regular el sistema dual ha tratado, en la medida de lo posible, de buscar una aproximación con el sistema que es conocido y regulado para nuestras sociedades anónimas (sistema monista). Puede decirse, por la forma en que regula los modos de organizar la dirección, la titularidad y el poder de representación, y el número mínimo de miembros requeridos para formar el Consejo de dirección, que lo que está haciendo es reproducir las normas contenidas en nuestra Ley de Sociedades de Capital.

Por tanto, la novedad que se añade a nuestro ordenamiento jurídico societario para las Sociedades Anónimas Europeas consiste en otorgar a esta nueva forma jurídica la posibilidad de organizar su administración mediante un sistema dual con separación de funciones entre la Dirección encargada de la gestión y representación de la sociedad y el Consejo de control con funciones supervisoras. No obstante, al ser el sistema dual un

sistema desconocido en nuestro ordenamiento jurídico societario hubiera sido conveniente que se hubiese puesto más interés en su regulación. Una regulación más exhaustiva de este modelo permitiría apreciar sus ventajas o inconvenientes y valorar cual es la opción más adecuada para cada sociedad.

X

El legislador español, al regular el sistema dual para las Sociedades Anónimas Europeas que decidan establecerse en nuestro territorio, poco o nada ha añadido a lo previsto en el RESE. Se ha limitado a decir que la gestión y representación de la Sociedad Anónima Europea corresponden a la Dirección, a disponer los modos en que se puede organizar la dirección, a determinar el número mínimo y máximo de sus componentes y a facultar al Consejo de control, que será quien ostente la representación de la Sociedad Anónima Europea frente a los miembros de la Dirección para acordar qué operaciones deben quedar sometidas a su autorización, fijando el límite a la cobertura de vacante en la Dirección por un miembro del Consejo de control en un plazo no superior al año; por lo demás, no aclara ni añade nada que sirva para determinar las funciones que corresponden a cada uno de los órganos que componen el sistema dual.

Habría sido deseable que, en lo referente a las facultades y responsabilidades de cada uno de los órganos que componen el sistema dual, nuestro legislador hubiera sido más explícito, máxime, teniendo en cuenta, en primer lugar, que es un sistema que nos es desconocido y en segundo lugar, la pluralidad y diversidad de acciones de responsabilidad que recoge nuestra Ley de Sociedades de Capital (acción social, acción individual, la especial acción derivada del artículo 367 –antiguo artículo 262.5 del TRLSA–). Una regulación más detallada, tanto en lo que se refiere a las funciones de cada uno de los órganos como a la delimitación de la responsabilidad de sus miembros, facilitaría, sin duda, la determinación de la legitimación pasiva a la hora de entablar una acción de responsabilidad, pues resulta complicado adaptar unas disposiciones que están pensadas para un régimen de administración monista (aunque sea con delegación de facultades) a un régimen dual basado en la separación funcional y estructural de las labores de gestión y vigilancia. Así, p. ej., si al regular la facultad del Consejo de control para convocar la Junta general, en lugar de utilizar el término “podrá” (artículo 492.2 y 3 de la Ley de Sociedades de Capital) hubiera establecido un derecho-deber de convocatoria, no admitiría discusión el hecho de que los componentes de ambos órganos serían responsables solidarios en el caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital. Tampoco ha regulado, específicamente, la legitimación del Consejo de control para ejercitar la acción social de responsabilidad contra los miembros del órgano de dirección, aunque a mi juicio debe de reconocérseles tal legitimación, puesto que nuestro legislador sí ha determinado, expresamente, que la representación de la sociedad frente a los miembros del órgano de dirección corresponde al Consejo de control y por tanto no veo obstáculo alguno para que también el Consejo de control ejercite dicha acción en nombre de la sociedad.

También habría sido conveniente que, en relación con el sistema dual, nuestro legislador se hubiera pronunciado sobre la manera en que puede afectar a los miembros del Consejo de control el hecho de que la Sociedad Anónima Europea se vea inmersa en un proceso de liquidación, determinando si éstos deben continuar o no en el ejercicio de sus funciones de supervisión de la gestión de la Sociedad Anónima Europea en liquidación.

Cabe observar, además, que nuestro legislador tampoco hace pronunciamiento alguno sobre el papel que corresponde al Consejo de control en la elaboración de las cuentas anuales y que se abstiene de hacer cualquier referencia a la obligación de dicho órgano tanto de asistir como de informar a la Junta general sobre la actividad de vigilancia desarrollada.

Creo que habría interesante que se hubiera generalizado la opción estatutaria entre el sistema monista y dual a todas las sociedades anónimas españolas, puesto que al ser el sistema dual un sistema desconocido en nuestro ordenamiento jurídico societario una implantación genérica nos permitiría comprobar el grado de aceptación dispensado por nuestras sociedades anónimas, así como los problemas que en la práctica pudieran suscitarse en torno a su aplicación y las ventajas que aportaría en cuanto al control y transparencia de la administración societaria; pero dado que la posibilidad de opción entre ambos sistemas de administración sólo se ha concedido a las Sociedades Anónimas Europeas y que la acogida que este nuevo tipo societario ha tenido hasta la fecha en España es prácticamente nula va a ser difícil que se puedan colmar estas aspiraciones, a pesar de que según se recogía en el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, el legislador español consideraba que la Sociedad Anónima Europea constituía un buen campo de pruebas a estos efectos, por lo que resolvía que no era conveniente generalizar la opción a todas las sociedades anónimas españolas hasta que se vieran tanto las preferencias por uno de los dos sistemas (monista o dual), como los principales problemas operativos de este nuevo modelo de organización.

En cuanto al sistema monista, suficientemente conocido en España por ser el único sistema regulado por nuestro ordenamiento jurídico societario y a pesar de que nuestro legislador, en virtud de las normas contenidas en el RESE, al adoptar las disposiciones necesarias para la aplicación de dicho instrumento normativo a las Sociedades Anónimas Europeas que decidan establecerse en nuestro territorio, no está autorizado para introducir cambios o modificaciones en el sistema regulado por la legislación nacional (se debe respetar el principio de igualdad con las sociedades anónimas nacionales), sí podía, cuanto menos, haber clarificado su regulación para las Sociedades Anónimas Europeas que se establezcan en nuestro territorio y opten por dicho sistema, en lugar de limitarse a remitirse a lo previsto en nuestra Ley de Sociedades de Capital para los administradores de las sociedades anónimas.

XI

La Directiva 2001/86/CE de 8 de octubre de 2001 complementa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores y constituye un elemento indisociable y de aplicación concomitada con el RESE de forma que no se podrá registrar ninguna Sociedad Anónima Europea si previamente no se ha celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores, ni son admisibles cláusulas estatutarias contrarias a las disposiciones de implicación, imponiéndose, incluso, la modificación de los estatutos cuando estos resultaren contrarios como consecuencia de un cambio de dichas disposiciones de implicación, lo que pone de manifiesto la relación entre ambos instrumentos normativos y la función social de la Sociedad Anónima Europea, en cuyo seno confluyen los intereses de empresarios y trabajadores perviviendo el espíritu de las primeras propuestas en las que latía la idea de «*pas de société européenne sans une certaine forme de participation*».

La materia relativa a la participación de los trabajadores ha sido una de las más controvertidas en el largo proceso de gestación de la Sociedad Anónima Europea; de hecho, en aras de facilitar el consenso, a partir de la tercera propuesta de 1989 esta temática se remite a una Directiva de aplicación conjunta con el Reglamento, pero progresivamente se va perdiendo la unidad en la materia que presentaban los anteriores proyectos, e incluso se dulcifica la terminología y se acuña el término “implicación”. El texto definitivamente aprobado refleja la moderación con la que se ha regulado finalmente el papel que los trabajadores están llamados a desempeñar en lo que podemos denominar “dimensión social

de la Sociedad Anónima Europea”, buena prueba de ello es la diversidad de fórmulas que contiene, siendo la participación una de ellas.

La utilización de este instrumento normativo obedece a que presenta una mayor flexibilidad que el Reglamento y por tanto se adapta mejor a las diversas especialidades existentes en materia de implicación de los trabajadores en los Estados miembros, conciliar las exigencias de Estados como Alemania, que contaba con un sistema de participación muy desarrollado que llegaba incluso a la cogestión y que no estaba dispuesta a admitir la implantación de un tipo societario que no otorgara a los trabajadores los mismos derechos que se recogían en su legislación nacional (ya que existía el peligro de que la Sociedad Anónima Europea entrara en competencia con sus sociedades nacionales), con los intereses de Estados como España y Reino Unido, que no contaban con ninguna previsión en este sentido y que consideraban que el posicionamiento de los trabajadores en los órganos sociales suponía un atentado al centro neurálgico de su administración societaria, resultaba una tarea imposible.

XII

La diversidad de sistemas existentes, que iban desde el simple reconocimiento de los derechos de información y consulta (sistema de representación) hasta la participación de los trabajadores en los órganos sociales (sistema de cogestión), constituía un obstáculo insalvable. La remisión de la materia relativa a la posición de los trabajadores a una Directiva y la flexibilización de los contenidos respecto a los primeros proyectos permitió conciliar las divergencias existentes entre los Estados miembros y establecer diversos modelos de implicación, solución a la que contribuyó en gran medida la aprobación de la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un Comité de empresa europeo o de un procedimiento de dimensión comunitaria, que sirvió de inspiración a la DITSE, aunque el texto finalmente aprobado se aleja de los planteamientos iniciales que propugnaban la inserción de trabajadores en los órganos sociales y ofrece (al igual que el estatuto de la Sociedad Anónima Europea) una solución pragmática y de compromiso.

La fórmula recogida en la Directiva 2001/86/CE de 8 de octubre de 2001 otorga un relevante papel a la autonomía negociadora de las partes implicadas que constituye la piedra angular del sistema; sólo en los supuestos en que no se consiga alcanzar un acuerdo entrarán en juego las normas de referencia. No obstante, la autonomía comercial queda constreñida en virtud del principio “antes-después”, que trata de que en el proceso de constitución de una Sociedad Anónima Europea se respeten los derechos que con anterioridad tenían los trabajadores en las sociedades constituyentes, de manera que si en una Sociedad Anónima Europea transformada ya existía participación se debe mantener un nivel de implicación equivalente; asimismo, para la reducción de derechos de participación en los supuestos de constitución de una Sociedad Anónima Europea por fusión, *holding* o filial, se requiere una mayoría cualificada de votos.

También existe una limitación en las normas de referencia que, al trasponer la DITSE, pueden imponer los Estados miembros, puesto que habrá que mantener la participación en una Sociedad Anónima Europea constituida mediante transformación si con anterioridad existía dicha participación y en los restantes supuestos de constitución (fusión, *holding* o filial) se deberá de mantener la participación si afectaba previamente a un porcentaje determinado de trabajadores. Sólo en el supuesto de que ninguna de las sociedades participantes estuviera regida con anterioridad por normas de participación no habrá obligación de establecer disposiciones en este sentido.

En definitiva, lo que ha hecho el legislador comunitario es buscar el equilibrio entre los Estados miembros que propugnaban la inserción de los trabajadores en los órganos

societarios y aquellos que, por el contrario, mostraban su resistencia a adoptar prácticas extrañas a sus tradiciones, buscando las soluciones más adecuadas para cada Sociedad Anónima Europea, eso sí, teniendo en cuenta los poderes que los representantes de los trabajadores tenían en las sociedades participantes con anterioridad a la constitución de la Sociedad Anónima Europea.

XIII

La Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas ha traspuesto la DITSE a nuestro ordenamiento jurídico, aunque tanto la aplicación concomitada del RESE y la Directiva, como el hecho de que también mediante esta Ley se traspone la Directiva 2003/72/CE, de 22 de julio, por la que se completa el estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, dotan a este instrumento legislativo, cuya finalidad es garantizar los derechos de los trabajadores implicados en el proceso de constitución de una Sociedad Anónima Europea, de cierta complejidad técnica.

Tomando en consideración nuestra cultura en una materia tan delicada como son las relaciones laborales, instaladas más en la confrontación que en la cooperación y con una apreciable separación entre los intereses del empresariado y los trabajadores, resulta muy difícil asimilar un régimen de participación de los trabajadores en los órganos sociales que, obviamente, implica el otorgamiento de facultades de gestión, bien sea, de manera directa en el sistema monista (participación en el Consejo de administración) o indirecta en el sistema dual (participación en el Consejo de control). A mayor abundamiento, la inserción de los trabajadores en un sistema de administración monista, aunque sea con delegación de facultades, supone que de hecho los trabajadores gestionan la sociedad, puesto que la delegación que nuestra legislación contempla es una delegación de carácter orgánico, lo que, obviamente, despierta recelos y temores en el empresariado español. Por otro lado, tampoco creo que los trabajadores vean con buenos ojos su incorporación a los órganos societarios dadas las responsabilidades a las que quedan sujetos en el ejercicio de sus funciones.

Las reticencias del Estado español, en materia de participación, se mantuvieron hasta el Consejo europeo de Niza; concretamente mostraba su oposición a que en los supuestos de constitución de una Sociedad Anónima Europea por fusión una minoría de trabajadores con derechos de participación (25% o un porcentaje inferior si así se acordaba) pudiera imponer dicha modalidad a una mayoría, por lo que a fin de salvar la resistencia española se introdujo la cláusula “*opting-out*”, que permitía a los Estados miembros la posibilidad de no incluir en sus ordenamientos nacionales las normas de referencia sobre participación en los casos de constitución por fusión. Por lo tanto, el Estado miembro que decida acogerse a esta cláusula vetará el establecimiento en su territorio de las Sociedades Anónimas Europeas formadas mediante fusión de sociedades que previamente contaran con un sistema de participación de los trabajadores en los órganos de administración o control. A pesar de que esta cláusula de descuelgue se introdujo para vencer las reticencias del Estado español, nuestro legislador, finalmente, no ha hecho uso de la misma.

En cualquier caso, cabe también apuntar, teniendo en cuenta que en España no se reconocen derechos de participación a los trabajadores de nuestras sociedades anónimas, que en el caso de transformación de una sociedad anónima española en Sociedad Anónima Europea no habrá que respetar ningún derecho de este tipo, dejando a salvo los que pudieran corresponder a sus filiales sujetas al ordenamiento jurídico de un Estado miembro que reconociera dichos derechos.

Cierto es que resulta difícil para el empresariado español, no habituado a sistemas de participación, adoptar un sistema ajeno a sus tradiciones en materia de relaciones laborales, pero superado el primer impacto se debe reflexionar sobre los beneficios que puede reportar la incorporación de los trabajadores o de sus representantes a las estructuras orgánicas societarias. En principio, el hecho de que los trabajadores o sus representantes sean partícipes en decisiones de relevante importancia para la parte social como pueden ser despidos, reducciones de plantilla, traslados, etc., debería de contribuir, cuanto menos, a mitigar la conflictividad laboral puesto que la decisión adoptada también será imputable a los propios trabajadores o a sus representantes. Además, puede ser una forma de que se vayan acercando los intereses de ambas partes y democratizándose las relaciones laborales.

XIV

La Sociedad Anónima Europea en España no ha tenido, por lo menos en el presente inmediato, una acogida favorable; de hecho en 2009 figuraba inscrita en el Registro Mercantil de Oviedo una sociedad (*Arcelor Steel Trading SE*, que además a posteriori ha sido absorbida por Arcelormittal España, S.A) y a septiembre de 2010 había otra más *Agence Generale de Marques et de Brevets SE*, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid; además ambas procedían de otros países de la Unión Europea y se habían registrado en nuestro país por traslado. La novedosa estructura orgánica, el desconocimiento y la deficitaria regulación de la figura, a lo que hay que añadir las continuas remisiones que nuestro legislador efectúa a lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para los administradores o, en su caso, para el Consejo de administración de las sociedades anónimas, así como la inseguridad jurídica que genera la pluralidad legislativa (normas comunitarias/normas nacionales), hacen que subsistan barreras jurídicas y psicológicas, al no proporcionarse a los empresarios estructuras jurídicas suficientemente claras, lo cual supone un freno insalvable al desarrollo económico. A mayor abundamiento, las circunstancias económicas actuales no resultan ser las más propicias, dada la crisis en la que nos vemos inmersos que, lejos de potenciar la creación de nuevas sociedades, lo que está provocando es que muchas de las ya existentes se vean avocadas a la desaparición. Los momentos tan críticos por los que atraviesa la economía española y europea no son los más favorables para el desarrollo de esta nueva figura societaria.

Además, que el sistema dual se haya regulado sólo para las Sociedades Anónimas Europeas y la escasa aceptación que esta nueva figura societaria ha tenido en nuestro país impiden que podamos valorar las preferencias entre sistemas y los problemas prácticos de su aplicación, así como las ventajas que pudiera aportar a nuestras sociedades anónimas la posibilidad de optar por un sistema de administración dual.

Sin embargo, una mayor estabilidad económica y la experiencia alcanzada en otros países de nuestro entorno sobre la aplicación práctica de esta figura societaria, pueden propiciar la constitución de Sociedades Anónimas Europeas en España, ya que este tipo societario constituye un primer paso para la consecución de un verdadero mercado único. Si, una vez superada la crisis, se persiste en la idea de conseguir un mercado único que permita hacer realidad el principio de libre circulación de personas y capitales, no sólo será preciso alcanzar una mayor unificación en torno a esta figura, sino que también se impondrá la necesidad de una mayor unificación del total Derecho societario para lograr el objetivo fijado. Lo cierto es que, aunque sea como consecuencia del actual estado de “crisis económica”, ya se están escuchando voces que reclaman “más Europa”.

Bibliografía

- ABELLÁN, L., “Bruselas avanza hacia las cuotas de mujeres en los consejos de administración”, diario digital *El País*, lunes 5 de marzo de 2012. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/03/05/actualidad/1330966542_102101.html.
- AGUILERA RAMOS, A., “Régimen de la disolución en el Proyecto de estatuto de SE”, *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*, GIRÓN TENA, J. (director), Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1978, págs. 335-356.
- AGUILÓ PIÑA, J. F., “La Sociedad Anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 246, octubre-diciembre 2002, págs. 1795-1892.
- ALCALÁ DÍAZ, M. A., “Acción individual de responsabilidad frente a los administradores (STS de 21 de mayo de 1992, RJ 1992, 4274)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 1, 1993, pág. 166-175.
- *La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de las Sociedades Anónimas*, Civitas, Madrid, 1998.
- ALCOVER GARAU, G., “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales ex artículo 262.5 y los procedimientos concursales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 8, 1997, págs. 265-271.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Aproximación a ciertos aspectos del régimen económico-financiero de la Sociedad Cooperativa Europea”, *El Derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 499-516.
- “La Sociedad Cooperativa Europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo”, *Noticias de la Unión Europea*, número 252, enero 2006, págs. 19-34.
- ALONSO ESPINOSA, F. J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en sus elementos configuradores*, Thomson-Civitas, 2006.
- “La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores”, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Caja de Ahorros y Monte de

Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 67-125.

ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 198, octubre-diciembre 1990, págs. 639-727.

- “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el artículo 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)”, *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal*, GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (directores), Dilex, Paracuellos del Jarama (Madrid), 2003, págs. 505-576.
- “El modelo de administración de la SA cotizada en el Código Unificado de Buen Gobierno”, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 159-186.

ALVARADO RIQUELME, M., RIVERO MENÉNDEZ, J. A. y TORRENT RUIZ, A. J., “Comités de auditoría”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 250, 2003, págs. 1615-1674.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Los órganos de la Sociedad Anónima Europea: especialidades a la luz de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 44, diciembre 2005, págs. 157-172.

ÁLVAREZ VEGA, M. I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.

ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, Bosch, Barcelona, 2004.

APARICIO GONZÁLEZ, M. L., “Gobierno corporativo: entre el Derecho y la ética empresarial”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 257, 2005, págs. 1142-1145.

ARRIGO, G., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 52, septiembre 2004, págs. 13-29.

AZOFRA, F., “El informe Winter sobre modernización del Derecho societario en Europa”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, número 4, 2003, págs. 31-44.
<http://www.academiarceller.net/apuntes/xbrl/digital/winter.pdf>.

BAÍLLO MORALES-ARCE, J., “El aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores: especial referencia al problema del dolo como excepción oponible

- o inoponible”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1263-1285.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 227-280.
- *La disolución de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1991.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P., “Responsabilidad de los miembros de órganos de administración de la SE domiciliada en España: los artículos 51 del RESE y 335 del TRLSA”, *Noticias de la Unión Europea*, número 270, julio 2007, págs. 5-19.
- BENEYTO, J. M. y PUENTE, J., “Las ofertas públicas de adquisición de títulos desde la perspectiva comunitaria en el marco de la creación de un espacio financiero integrado”, *Serie de documentos de trabajo del Instituto de Estudios Europeos*, número 2, 2005, págs. 1-37, www.ideo.ceu.es.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Notas sobre las modificaciones introducidas en la regulación de las sociedades anónimas españolas y sociedades de responsabilidad limitada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España”, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 209-220.
- BIAMONTI, E., “Il congresso di Deauville sulla società di tipo europeo o di diritto europeo”, *Rivista della società*, 1967, págs. 725-730.
- BLANQUET, F., “Enfin la société européenne «la SE»”, *Revue du Droit de l'union européenne*, número 1, 2001, págs. 67-107.
- BOQUERA MATARREDONA, J., “La Junta general de la Sociedad Anónima Europea con domicilio en España”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 41, junio 2004, págs. 13-39.
- “Personalidad jurídica, inscripción, estatutos y publicidad registral de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 97-123.
 - “La Junta general de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 257-282.
 - “La transformación de la Sociedad Anónima española en Sociedad Anónima Europea y viceversa”, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 229-256.

- BOQUERA MATARREDONA, J. y LATORRE CHINER, N., “La Sociedad Privada Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 33, 2009-2, págs. 97-128.
- “Distribución y conflictos de competencias en la sociedad anónima no cotizada”, *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, EMBID IRUJO, J. M. (coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 29-99.
- BOTANA AGRA, J. M., “Apuntes sobre los órganos de la Sociedad Cooperativa Europea”, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 221-254.
- BOUCOURECHLIEV, J., *Pour une s.a.r.l. européenne*, Presses Universitaires de France, Paris, 1973.
- BRANDI TAIANA, M. M. y MUÑOZ ARANGUREN, A., “Algunas consideraciones acerca de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales en el marco de la nueva Ley Concursal”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 44, diciembre 2005, págs. 113-154.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R., “La igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental”, *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, MONTOYA MELGAR, A. (director), SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (coordinadora), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, págs. 25-31.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 28, 2007-1, págs. 59-100.
- CAMPUZANO, A. B., “Las sanciones administrativas”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs.405-438.
- “La presencia equilibrada de hombres y mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles”, *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (coordinadores), Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 187-200.
 - “La presencia equilibrada de hombres y mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles”, *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, MERCADER UGUINA, J. R. (coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 435-452.
- CANO GALÁN, Y., “Procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, *Noticias de la Unión Europea*, número 287, diciembre 2008, págs. 5-14.

- “Procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, *La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 65-185.
- CANO ORTEGA, C., “La fusión unánime”, trabajo fin de Máster, Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Mercantil, Máster universitario en Derecho Privado, especialidad en Derecho Mercantil, curso 2010-2011, págs. 1-133, http://eprints.ucm.es/14792/1/Cristina_Cano_-_TFM.pdf.
- CARBONE, S. M., “La corporate governance della società europea tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato”, *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, DRAETTA, U. y POCAR, F., (directores), Egea, Milán, 2002, págs. 17-27.
- CARCEDO, D., “Iguales a *part time*”, *Escritura Pública*, número 43, enero-febrero 2007, pág. 45.
- CASAS BAAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 996-1110.
- “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación negociada)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 117, mayo-junio 2003, págs. 355-423.
- CASERO BARRÓN, R., “La Sociedad Anónima Europea. Aspectos en el Impuesto sobre Sociedades”. *Noticias de la Unión Europea*, número 229, febrero 2004, págs. 17-37.
- CASTRO ARGÜELLES, M. A. y ÁLVAREZ ALONSO, D., *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- CATHIARD, C., “La société européenne (SE ou Societas Europaeae) en droit français. Décret n° 2006-448 du 14 avril 2006”, *Droit des sociétés*, número 8-9, agosto-septiembre 2006, págs. 5-11.
- COIPEL, M., “La pluralité des rattachements aux normes applicables à la Société Européenne”, *La Société Européenne*, JACQUES MALHERBE (coordinador), Université Catholique de Louvain. Centre d'études Jean Renauld, Bruylant, Bruxelles 2005, págs. 19-76.

- COMMISSION DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE, Memorándum de 22 de abril de 1966, sobre “la création d’une société commerciale européenne”, publicado en *Rivista della Società*, 1966, págs. 1095-1122.
- COMMISSIONE DELLA COMUNITÀ ECONOMICA EUROPEA, Memorándum de 1 de diciembre de 1965, “Il problema della concentrazione nel Mercato comune”, publicado en *Rivista della Società*, 1966, págs. 1182-1208.
- COMMISSIONE DELLA COMUNITÀ ECONOMICA EUROPEA, Memorándum de 15 de julio de 1988, “Lo statuto della società europea”, publicado en *Rivista della Società*, 1988, págs. 1414-1429.
- COSTA, CARLA TAVARES DA y BILREIRO, ALEXANDRA DE MEESTER, *The European Company Statute, (European Business Law and Practice Series 19)*, Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003.
- CRISTÓBAL RONCERO, R., “El Comité de Empresa Europeo en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, número 43, 2003, págs. 157-180.
- CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 283-341.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M. C., “El proyecto de Ley alemán para el cumplimiento del Reglamento del Consejo (CE) núm. 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea –Ley de Cumplimiento de la SE– (SE-Ausführungsgesetz-SEAG)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 23, 2004-2, págs. 361-374.
- DANTHINE D. y AFSCHRIFT, T., “La Sociedad Anónima Europea y la legislación sobre las Sociedades Holding en los Estados miembros”, *Noticias de la Unión Europea*, número 229, febrero 2004, págs. 5-15.
- DE CORDT, Y., “Le fonctionnement de la Société Européenne”, *La Société Européenne*, JACQUES MALHERBE (coordinador), *Université Catholique de Louvain. Centre d’études Jean Renauld*, Bruylant, Bruxelles 2005, págs. 123-166.
- DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil, Objeto, Actos y recursos del proceso civil, El proceso civil de declaración*, tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994.
- DE LA TORRE, R., “Superando la guerra fría. Reconstrucción”, *La Aventura de la Historia*, número 101, págs. 85-95.
- DE LA VEGA GARCÍA, F. L., “Consideraciones sobre el período en formación de las sociedades europeas”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y*

- Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 411-426.
- DE MARTÍN MUÑOZ, A. J., “La fase de convenio”, *La reforma de la legislación concursal. Estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de julio*, DE MARTÍN MUÑOZ, A. J., (coordinador), Universidad Pontificia de Comillas-Dykinson, Madrid, 2004, págs. 189-226.
- “Algunas consideraciones en torno a la remuneración de los administradores de sociedades cotizadas tras la Recomendación europea de 14 de diciembre de 2004”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 57, julio-septiembre 2005, págs. 1147-1168.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “Conflictos de leyes e integración jurídica: Estados Unidos y la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo V, 2005, págs. 43-102. <http://eprints.ucm.es/6886/1/UEConflLeyesAEDIPr2005.pdf>
- DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., *Los acuerdos del Consejo de administración. Especial referencia a su régimen de impugnación*, Bosch, Barcelona, 1999.
- DÍAZ DEL HOYO, M. A., “La responsabilidad de administradores por deudas sociales, las sociedades fantasma y la nueva Ley 19/2005 de 14 de noviembre, sobre, la sociedad anónima europea domiciliada en España”, *La Ley*, número 6376, diciembre 2005, págs. 1-2.
- DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979.
- DIVAR GARTEIZAURRECOA, J., “El Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (S.E.), de 8 de octubre de 2001”, *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 849-852.
- DIVERIO, D., “La base giuridica del Regolamento relativo allo statuto della società europea”, *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, DRAETTA, U. y POCAR, F. (directores), Egea, Milán, 2002, págs. 51-59.
- DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, A., “Cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de los grupos de sociedades. Particular referencia a la teoría del administrador de hecho”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1299-1320.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Procedimientos para constituir una SE”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 279-293.

- “La Societas Europea: los caracteres, el significado y el acceso a este tipo comunitario”, *Estudios Jurídicos I, Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de la Laguna*, La Laguna, 1993, págs. 241-285.

DURÁN RIVACOBIA, R., *El Negocio Jurídico Fundacional*, monografías Aranzadi, número 50, Aranzadi, Pamplona, 1996.

- “Comentario a las Leyes 44 a 47 del Fuero Nuevo o Compilación de Derecho Civil de Navarra (Fundación, Régimen, Facultades del Patronato, Reversión)”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBADALEJO GARCÍA, M., (director), Tomo XXXVI, Vol. 1, Edersa, Madrid, 1990, págs. 65-88.
- “Las fundaciones en el Derecho Foral Navarro”, *Temas de Derecho Civil Foral Navarro*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 137-156.
- “Fundaciones y asociaciones”, *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias: estudio sistemático*, ARCE JANÁRIZ, A., (coordinador), Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2003, págs. 451-465.
- “El Registro de fundaciones asistenciales de Asturias”, *Derechos Civiles de España*, volumen IV, BERCOVITZ, R. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J., (directores), Sopec, Madrid, 2000, págs. 2425-2451.
- *Ejercicio por el Principado de Asturias de sus competencias legislativas en Derecho Civil*, Universidad de Oviedo, Servicio de publicaciones, Oviedo, 2007.

DURÁN RIVACOBIA, R. y DE REINA TARTIÈRE, G., *Código de Asociaciones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

EMBID IRUJO, J. M., “Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de Sociedades en la Unión Europea”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 15-34.

- *La Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España*, ALFONSO SÁNCHEZ, R. (directora), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- “Aproximación al Derecho de Sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al Plan de Acción”, *Noticias de la Unión Europea*, número 252, enero 2006, págs. 5-15.
- “La regulación de los grupos en la propuesta del Código de Sociedades Mercantiles”, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 389-408.
- “La constitución de la Sociedad Anónima Europea por creación de Holding y por fundación de filial común”, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 193-228.

- “Igualdad de género y poder de decisión en la empresa. La participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles”, *El Cronista del Estado social y Democrático de Derecho*, Iustel, número 0, octubre de 2008, págs. 86-90.
- “Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR, M A., BAÑO LEÓN, J. M, EMBID IRUJO, J .M. y GOERLICH PESET, J. M. (coordinadores), La Ley, Madrid, 2008, págs. 269-354.
- EMBID IRUJO, J. M. y GIRGADO PERANDONES, P., “Aproximación al significado jurídico de los órganos de grupo de sociedades. Especial referencia al papel de la Junta general”, *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, EMBID IRUJO, J. M., (coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 281-364.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, monografía asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, número 6/2007, La Ley, Madrid, 2007.
- “Operatividad práctica de la propuesta anticipada de convenio en el marco de las soluciones negociadas de las crisis económicas”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 8, 2008, págs. 455-466.
 - “Directiva 2006/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de septiembre de 2006 por la que se modifica la Directiva 77/91/CE del Consejo en lo relativo a la constitución de la Sociedad Anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 27, 2006, págs. 539-552.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M. y MUÑOZ PÉREZ, A. F., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 409- 451.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Vía libre a la movilidad de las sociedades en la Unión Europea: la Sentencia del TJCE de 30 de septiembre de 2003 (asunto “*Inspire Art*””, *La Ley*, número 5924, diciembre 2003, págs. 1-5.
- ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. El sistema dual”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 525-590.

- “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 637-687.
- “La representación de la sociedad frente a terceros”, *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*, GIRÓN TENA, J. (director), Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1978, págs. 253-334.
- “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 16, 2001-1, págs. 141-162.
- “Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea”, *Revista de Estudios Europeos*, número 29, septiembre-diciembre 2001, págs. 65-102.
- “La estructura de las sociedades anónimas en el derecho comunitario (el proyecto modificado de la quinta directiva)”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 5, junio 1989, págs. 233-323.
- “La sociedad cerrada europea: ¿figura complementaria o alternativa a la sociedad europea?”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 13, 1999, págs. 163-171.
- “Acuerdos de la Junta General de socios de la sociedad limitada en asuntos de gestión y la responsabilidad de los Administradores”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 18, 2002-1, págs. 217-230.
- “El gobierno de las sociedades cotizadas. La experiencia española”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 35, septiembre 2001, págs. 11-97.
- “Participación de los trabajadores en la Sociedad Europea. ¿Más cerca de un compromiso político?”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1677-1737.
- *El poder de decisión en las Sociedades Anónimas. Derecho Europeo y Reforma del Derecho Español*, Civitas, Madrid, 1982.
- “La implicación de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea en la Ley 31/2006 de trasposición de la Directiva europea”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 105, enero-marzo 2007, págs. 180-194.
- “La acción individual de responsabilidad”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 153-225.
- “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y frente a los terceros: acción individual y acción por no promoción o

remoción de la disolución”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Paracuellos del Jarama (Madrid), 1996, págs. 1679-1719.

- “Reglamento (CE) núm. 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), y Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOL 294, de 10 noviembre 2001)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 17, 2001-2, págs. 439-463.
- “Modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación”, *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 303-322.
- “Consejeros independientes: función y criterios de independencia en el Código Unificado de Buen Gobierno”, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 499-529.
- “La administración de las sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 36, 2011-1, págs. 149-170.

FAJARDO GARCÍA, G. y CRACOGNA, D., “El Derecho cooperativo en la Unión Europea y en el Mercosur”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 479-498.

FARRANDO MIGUEL, I., “El concepto de sociedad cotizada y alguna consideración complementaria sobre su estatuto jurídico”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional, Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 59-73.

- *El deber de secreto de los administradores de las sociedades anónimas y limitadas*. Estudios de Derecho Mercantil, número 50, Civitas, Madrid, 2001.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I. “El futuro del derecho de sociedades en Europa: a propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea”, *La Ley*, número 5465, 22 de enero de 2002, págs. 1-10.

- “El Consejo de Administración: reflexiones corporativas sobre la “cuestión de género”, *La Ley*, número 7224, 23 de julio de 2009, págs. 1-5.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídicas”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 19-54.

- “La responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital”, *Comentarios a la Ley Concursal*, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 701-721.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y «nacionalidad» de la SE. Traslado internacional de domicilio de la SE. Publicidad registral de la SE”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 119-277.
- “Fusiones y otras modificaciones estructurales entre sociedades vinculadas. Nota práctica”, *Revista General de Derecho*, número 609, junio 1995, págs. 7031-7065.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. y SÁNCHEZ RUS, H., “Disolución, liquidación y suspensión de pagos”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 836-858.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, B., “Control directo de la norma interna y efecto directo vertical de las directivas. comentario a dos sentencias del tribunal supremo (sala de lo contencioso-administrativo, sección 4ª) de 17 de junio de 2003”, *Revista General de Derecho Europeo*, número 3, 2004, págs. 1-23.
- FERRANDO VILLALVA, M. L. “El sistema monista de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora) Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 347-365.
- FIMMANÒ, F., “Società Europea: ultimo atto”, *Rivista della Società*, 1994, págs. 994-1041.
- FOUASSIER, C., “Le statut de la «société européenne»: un nouvel instrument juridique au service des entreprises”, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, número 445, febrero 2001, págs. 85-88.
- FRIGOLA RIERA, A., “El Consejo de Administración: la impugnación de los acuerdos del Consejo”, *Órganos de las sociedades de capital*, tomo II, GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 1377-1431.
- FUENTES NAHARRO, M., “La igualdad en la responsabilidad social de las empresas”, *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, MONTOYA MELGAR, A. (director), SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (coordinadora), Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, págs. 495-531.

- GARCÍA COSO, E., “La Sociedad Anónima Europea: transformación, traslado de domicilio y problemas de conflicto de Leyes”, *Noticias de la Unión Europea*, número 229, febrero 2004, págs. 39-52.
- GARCÍA-CRUCES, J. A., “La responsabilidad concursal”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 281-336.
- *La calificación del concurso*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Los pactos de indemnización del administrador cesado”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Paracuellos del Jarama (Madrid), 1996, págs. 1785- 1816.
- GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, J., “El Reglamento del Consejo de administración”, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 685-700.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., “El Proyecto de Constitución Europea”, *Revista de Derecho Constitucional*, número 45, septiembre-diciembre 1995, págs. 9-29.
- GARCÍA GARCÍA, E., “El Consejo de Administración: funcionamiento”, *Órganos de las sociedades de capital*, tomo II, GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 1335-1376.
- GARCÍA LUENGO, R. y SOTO VÁZQUEZ, R., *El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima (Comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1991.
- GARCÍA MURCIA, J., “La Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una presentación general”, *Derecho de los Negocios*, número 200, mayo 2007, págs. 53-57.
- GARCÍA PRATS, F. A., “La residencia fiscal y la imposición sobre la renta de la Sociedad Anónima Europea en España”, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs.451- 484.
- GARCÍA RUESTRA, M., “La sociedad anónima Europea”, Serie de documentos de trabajo, número 4-2002, Madrid, *Instituto de Estudios Europeos. Universidad San Pablo CEU*, www.ideo.ceu.es.
- GARCÍA VILLAVERDE, R., “Exoneración de responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada por falta de culpa”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1321- 1350.

- “Algunos temas en torno al régimen del capital social en el Proyecto de estatuto para una Sociedad Anónima Europea”, *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*, GIRÓN TENA, J., (director), Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1978, págs. 101-208.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “El reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, número 217, enero-febrero 2002, págs. 7-38.
- “Derecho de sociedades y conflictos de leyes: la determinación de la *lex societatis* y su ámbito de aplicación”, *Novedades legislativas en materia de sociedades*, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 67-176.
- GARCIN, W., *Cogestión y participación en las empresas de los países del Mercado Común (legislación y estudios comparados)*, ICE, Madrid 1970.
- GARRETA SUCH, J. M., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- GARRIDO GARCÍA, J. M., “El informe Winter y el Gobierno societario en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de sociedades*, número 20, 2003-1, págs. 111-133.
- GARRIDO PÉREZ, E. “Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *Revista de Derecho Social*, número 17, enero-marzo 2002, págs. 101-126.
- GAVALDA, CH. y PARLEANI, G., *Droit des affaires de l’Union européenne*, Litec, Paris, 1995.
- GÉRARD DE SÉLYS, “L’école, grand marché du XXIe siècle”, págs. 1-7, http://www.unil.ch/webdav/site/fae/shared/Dossiers_chauds/Blogne/MD-Juin2008.pdf.
- GIL PECHARROMÁN, X., “Sociedad Privada Europea: la Pyme traspasa fronteras”, *Escritura Pública*, número 56, marzo-abril 2009, págs. 34-36.
- GIRGADO PERANDONES, P., “La situación legislativa de los grupos de sociedades en el Derecho español”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 381-398.
- GIRÓN TENA, J., “Introducción”, *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*, GIRÓN TENA, J. (director), Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1978, págs. 19-29.
- GLEICHMANN, K. y CATHALA, T., “Le statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la commission des communautés européennes”, *Revue des sociétés*, número 1, 1972, págs. 7-178.

- GÓMEZ GALLIGO, F. J., “La Sociedad Anónima Europea y el Registro Mercantil”, *Noticias de la Unión Europea*, número 265, febrero 2007, págs. 89-100.
- GÓMEZ PORRÚA, J. M., “Análisis en detalle del contenido de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, *Derecho de los Negocios*, número 184, enero 2006, págs. 33-38.
- GONZÁLEZ GARCÍA, S., “Resultado del estudio sobre el funcionamiento del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 35, 2010-2, págs. 1-2.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “El Consejo de administración: concepto y estructura”, *Órganos de las sociedades de capital*, tomo II, GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y GARRIDO ESPA, L. (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 1253-1334.
- GONZÁLEZ PINO, L., *La Sociedad Anónima Europea. Propuesta de Reglamento del Estatuto de la Sociedad Europea*, Ediciones Analíticas Europeas, Madrid, 1991.
- GOUVERNEMENT FRANÇAISE, Note sur “la creation d’une société commerciale de type européen”, publicada en *Rivista della Società*, 1966, págs. 1091-1094.
- GRIMALDOS GARCÍA, M. I., “La Décima Directiva relativa a la fusión transfronteriza de sociedades de capital y el daño de la fusión”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 364-380.
- GRUPO DE JURISTAS DE LA COMISION, “Studi per la creazione della società commerciale «europea»”, (resumen de la nota de la Comisión de la Comunidad Económica Europea sobre el proyecto Sanders), publicada en *Rivista della Società*, 1967, págs. 689-698.
- GRUPPO DI LAVORO INTERGOVERNATIVO PER LA SOCIETÀ COMMERCIALE EUROPEA, “Informe presentado al Consejo de Ministros de la CEE el 26 de abril de 1967”, publicado en *Rivista della Società*, 1967, págs. 699-724.
- GUGLIELMETTI, G., “Le direttive della Cee in materia di società e l’interpretazione dell’art. 54.3 g del trattato”, *Rivista della Società*, 1966, págs. 1013-1022.
- GUERRA MARTÍN, G., “La transposición al Derecho español de la Directiva sobre Opas (El Proyecto de Ley, de 13 de octubre de 2006, de Reforma de la Ley de Mercado de Valores)”, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, tomo I, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, Caja de España, Consejo General del Notariado de España, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 741-766.
- HALBHUBER, H., “National Doctrinal Structures and European Company Law”, *Common Market Law Revue*, volume 38, number 6, December 2001, págs. 1384-1420.

- HERNANDO CEBRIÁ, L., “Aspectos sustantivos de la conformación estatutaria de la Sociedad Europea domiciliada en España”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 692, noviembre-diciembre 2005, págs. 1817-1859.
- HERRANZ, D., “Europa por la igualdad”, *Escritura Pública*, número 43, enero-febrero 2007, págs. 42-44.
- HUERTA VIESCA, M. I., *Las Mujeres en la Nueva Regulación de los Consejos de Administración de las Sociedades Mercantiles Españolas (Artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- “Acción social de responsabilidad de los administradores por los socios y desistimiento (Comentario a la STS, 1ª, 30/11/2000)”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 243, enero-marzo 2002, págs. 295-303.
- IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Los órganos sociales de las sociedades anónima y limitada”, *Lecciones de derecho mercantil*, Thomson y Civitas, Madrid, 2004, págs. 345-369.
- ILLESCAS ORTIZ, R., “Adiós, sin haber llegado, a la SE”, Editorial, *Derecho de los Negocios*, número 184, enero 2006, págs. 1-5.
- INSA PONCE DE LEÓN, L. F., “La implicación de los trabajadores en la «Societas Europaea»” (Tesis doctoral), *Servei de Publicacions, Universitat de Valencia*, Valencia, 2009.
- IRIBARREN BLANCO, M., *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- JUSTE MENCÍA, J., “El sistema de representación proporcional en el Consejo de Administración, según el RD 821/1991, de 17 de mayo”, *Revista de Derecho bancario y bursátil*, número 42, 1991, págs. 420-439.
- “En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 14, 2000, págs. 441-458.
 - “Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 113-151.
 - “La sociedad anónima europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 36, 2011-1, págs. 255-257.
- JUSTE MENCÍA, J. e IGARTUA ARREGUI, F., “Deberes de los administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 24, 2005-1, págs. 75-89.

- LAMBEA RUEDA, A., “Marco jurídico de la Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España, *La Ley*, número 6479, 10 de mayo de 2006.
- LARA, R., “La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 82-112.
- LARGO GIL, R., “La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE) (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 18, 2002-1, págs. 99-155.
- “La Sociedad Anónima Europea y el Estatuto de la Sociedad Cotizada”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 24, 2005-1, págs. 47-74.
 - “La constitución de la Sociedad Anónima Europea”, *Novedades legislativas en materia de sociedades*, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 361-438.
- LATORRE CHINER, N., “El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 253, julio-septiembre 2004, págs. 853-899.
- “Disolución, liquidación e insolvencia de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 367-377.
 - *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Comares, Granada, 2003.
- LENOBLE, J., “From an Incentive to a Reflexive Approach to Corporate Governance”, *Corporate Governance. An Institutional Approach*, COBBAUT, R. y LENOBLE, J., (editores literarios), Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003, págs. 17-63.
- LEÓN SANZ, J. F., “Las cuentas anuales de la Sociedad Anónima Europea”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 815-833.
- “Los mecanismos de control reforzados en las sociedades cotizadas (*Control-Enhancing Mechanisms, CEM*). El cambio de rumbo en los informes de la UE”, *Diario La Ley*, número 8846, 8 de septiembre de 210, págs. 10-13.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. y HERRERA MOLINA, P. M., “Régimen fiscal de la Sociedad Europea”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 1111-1183.

- LUBY, M., “La Societas Europaea (SE): beaucoup de bruit pour rien (ou si peu...)!”, *Revue mensuelle du JurisClasseur Droit des Sociétés*, número 2, febrero 2002, págs. 4-9.
- LUCINI MATEO, A., “Hacia la Sociedad Privada Europea: luces y sombras”, *Escritura Pública*, número 56, marzo-abril 2009, págs. 36-37.
- “Hacia la primera revisión del estatuto de la sociedad anónima europea: reseña de un estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 54, diciembre 2010, págs. 339-353.
- LLEBOT MAJÓ, J., “El sistema de responsabilidad de los administradores. Doctrina y jurisprudencia”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 7, 1996, págs. 49-70.
- MAGNIER, V., *Droit des Sociétés*, Dalloz, París, 2002.
- *Rapprochement des droits dans L’Union Européenne et viabilité d’un Droit commun des sociétés*, L.G.D.J., París, 1999.
- MAIRATA LAVIÑA, J., “Responsabilidad de los administradores y situaciones concursales”, *Derecho de sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1383-1410.
- MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., “La noción del Estado en relación al efecto directo vertical de las directivas: aplicación al caso español”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 6, 1999, págs. 465-496
- MALATESTA, A., “Il regolamento CE 2157/2001 sulla società europea: il difficile parto di una forma societaria comunitaria”, *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, DRAETTA, U. y POCAR, F. (directores), Egea, Milán, 2002, págs.5-16.
- MAMBRILLA RIVERA, V., “Fidelidad y lealtad como deberes generales de los administradores de las sociedades anónimas”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 209-236.
- “Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE). Documento COM (2010) 676 final, de 17-11-2010”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 36, 2011-1, págs. 535-537.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.
- “Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las Sociedades de Capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 24, 2005-1, págs. 91-120.

- MARTÍ LACALLE, R., “El ejercicio de las competencias de los órganos sociales en las sociedades anónimas cotizadas”, *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, EMBID IRUJO, J. M. (coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs.101-166.
- “Mecanismos para la reactivación de la Junta General: El papel de las asociaciones de accionistas”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 189-207.
- MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., “Otra virtualidad de las directivas: su “efecto directo de exclusión”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2006, págs. 1-21.
- MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA GARCÍA DE DUEÑAS, A., “La Sociedad Europea: Un régimen fragmentario con intención armonizadora”. Serie de documentos de trabajo, número 2-2004, Madrid, *Instituto de Estudios Europeos. Universidad San Pablo CEU*, www.idee.ceu.es.
- MARTÍNEZ GINER, L. A., *Fiscalidad de la Sociedad Anónima Europea*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D. F., “La armonización del Derecho societario europeo en el siglo XXI: un análisis sistemático desde la integración uniforme de las fuentes comunitarias”, *Revista del Derecho de Sociedades*, número 30, 2008-1, págs. 239-278.
- MARTÍNEZ SANZ, F., “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 53-79.
- “Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1739-1770.
- MATEU DE ROS CEREZO, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., “Las fórmulas de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, número 229, febrero 2004, págs. 71-91.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., “El procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España: disposiciones subsidiarias y comunes”, *Noticias de la Unión Europea*, número 287, diciembre 2008, págs. 15-24.

- “Disposiciones subsidiarias y comunes aplicables a las Sociedades Europeas domiciliadas en España”, *La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 187-226.
- MENJUCQ, M., “La société Européenne (règlement CE n° 2157/2001 et directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001)”, *Revue des sociétés*, (2), abril-junio 2002, págs. 225-246.
- MERCADER, J. R., y SUÁREZ CORUJO, B., “La responsabilidad de los administradores sociales en el ámbito laboral”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 439-466.
- MERCADER UGUINA, J., “Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 57, 2005, págs. 281-302.
- MERINO SEGOVIA, A., *Igualdad de género, empresa y responsabilidad social*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- MESTRE DELGADO, E., “Responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 337-404.
- MINERVINI, G., “Alcuni problema connessi alla creazione di una società di tipo europeo”, *Rivista della Società*, 1966, págs. 984-993.
- MIOLA, M., “Lo statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dall’armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti”, *Rivista della Società*, 2003-1, págs. 322-374.
- MONEREO PÉREZ, J., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., GARCÍA VALVERDE, M. D. y MALDONADO MOLINA, J. A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y Crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- MONTOYA MELGAR, A., *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001.
- MORENO A., “Ideas y realidades”, *La Aventura de la Historia*, número 101, págs. 81-87.
- MORILLAS JARILLO, M. J. y GRECHENIG, K. “La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español”, *Revista de Derecho de los Negocios*, número 145, octubre 2002, págs. 1-27.

- MORILLAS JARILLO, M. J. y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, *Noticias de la Unión Europea*, número 270, julio 2007, págs. 57-78.
- MOYA JIMÉMEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Bosch, Barcelona, 2009.
- MUÑOZ GARCÍA, A., “La causa disolutoria por pérdidas graves, en las sociedades de capital, tras las últimas modificaciones normativas aprobadas por la Ley 16/2007, de 4 de julio y el Real Decreto Ley 10/2008, de 12 de diciembre”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 270, octubre-diciembre 2008, págs. 1435-1473.
- MUÑOZ PAREDES, J. M., *La información de los consejeros en la sociedad anónima*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- MUÑOZ PLANAS, J. M. y MUÑOZ PAREDES, J. M., “Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 250, 2003, págs. 1341-1383.
- NAVALES, C., “La Sociedad Anónima Europea (1966 – 2005)”, *Revista La Factoria*, número 32, enero-abril 2007, págs. 6-10.
- NAVARRO LÉRIDA, M. S., *El proceso de constitución de una Sociedad Europea Holding* (monografía asociada a la Revista de Derecho de Sociedades, número 31), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- NAVARRO MATAMOROS, L., “La incorporación de la Sociedad Anónima Europea al Derecho francés”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 463-477.
- OLAVARRÍA IGLESIA, J., “El capital social y las cuentas anuales de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 125-137.
- ORIO LLEBOT, J., “Deberes y responsabilidad de los administradores”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 21-52.
- PALAO MORENO, G., *El traslado del domicilio social de la Sociedad Anónima Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- PEGLOW, K. *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, L.G.D.J., Paris, 2003.

- PERALTA LÓPEZ, M. Y GÓMEZ VALENZUELA, E., “Responsabilidad del órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, número 271-272, agosto-septiembre 2007, págs. 93-99.
- PÉREZ CAMPOS, A. I., “La implicación de los trabajadores en la Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas: antecedentes y caracteres generales”, *Noticias de la Unión Europea*, número 287, diciembre 2008, págs. 25-35.
- “Marco general del sistema de implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas”, *La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 17-63.
- PÉREZ CARRILLO, E. F., “Gobierno corporativo en la Unión Europea. Evolución conceptual y de método”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 257, 2005, págs. 1037-1078.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. y ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, V., “La administración de la Sociedad Anónima Europea”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 47, junio 2007, págs. 215-265.
- PÉREZ ESCOLAR, R., *La Sociedad Anónima Europea*, Montecorvo, Madrid, 1972.
- “El Estatuto de la Sociedad anónima europea”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 118, octubre-diciembre 1970, págs. 623-649.
- PÉREZ PÉREZ, P. J., “Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, número 229, febrero 2004, págs. 93-105.
- PÉREZ PUEYO, A., “Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo: Aplicación del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 36, 2011-1, págs. 663-667.
- POLO SÁNCHEZ, E., “Los administradores y el Consejo de administración de la Sociedad Anónima”, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* tomo VI, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (directores), Civitas, Madrid, 1991.
- “Nuevas consideraciones sobre la transacción de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1411-1436.
- PRADA GONZÁLEZ, J. M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Paracuellos del Jarama (Madrid), 1996, págs. 2296-2338.
- PRENDES CARRIL, P., “La responsabilidad de los administradores tras la nueva Ley Concursal”, *Aranzadi Civil*, tomo XIII, volumen II, 2004, págs. 2025-2048.

- PUEYO RODERO, J. A., “Aproximación al delito societario de administración desleal”, *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 495-511.
- PUGLISI, J. A., “El 70% de las empresas no cuenta con ninguna mujer en su órgano de gestión y los expertos ven difícil que se cumpla el plazo establecido por la Ley de igualdad para alcanzar la paridad en 2015. El retraso será de más de una década”, diario *Expansión digital*, miércoles 22 de junio de 2011.
- PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores”, *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal*, GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (directores), Dilex, Paracuellos del Jarama (Madrid), 2003, págs. 55-135.
- “Comentarios al artículo 2. Presupuesto objetivo”, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal)*, PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER GARAU, G., (directores), tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 86-170.
 - Comentarios al artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso”, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal)*, PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER GARAU, G. (directores), tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 212-233.
 - “La extinción de las sociedades de capital: disolución, liquidación y cancelación registral”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 36, 2011-1, págs. 203-228.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El sistema monista”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 591-636.
- “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control II” *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 689-762.
 - “La Sociedad Anónima Europea,” *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen. IV, MacGraw-Hill, Madrid 2002, págs. 4285-4339.
 - “El Derecho de sociedades en la Unión Europea: Evolución y situación actual”, (conferencia de clausura del III Congreso argentino-español de Derecho mercantil), *El derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 673-696.
 - *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima: aspectos sustantivos*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1989.

- “La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y otras causas de exoneración”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 19, 2002-2, págs. 73-87.
 - “El estatuto jurídico de la sociedad anónima europea (Perspectiva general y principales aspectos de su régimen jurídico)”, *Estudios de Derecho mercantil europeo*, PÉREZ CARRILLO, E. F. (coordinadora), Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 147- 183.
- QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., “Procedimientos judiciales sobre cuestiones litigiosas surgidas en aplicación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre”, *La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 265-299.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 379-411.
- RAULT, J., “Pour la création d’une société commerciale de type européen”. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, Tomo XIII, 1960, págs. 741-776.
- REBOLLO ÁLVAREZ, J. L., “Intentos de superación de la armonización legislativa en materia de derecho de sociedades: La sociedad europea”, *Boletín de información sobre las Comunidades Europeas*, número 37, enero-febrero 1992, págs. 23-31.
- REQUERO IBÁÑEZ, J. L., “Constitucionalidad y marco jurídico de la Ley sobre igualdad efectiva entre hombres y mujeres”, *Políticas de Género*, Cuadernos de Derecho judicial, V-2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, págs. 387-420.
- RESCIO, G. A., “La Società Europea tra diritto comunitario e diritto nazionale”, *Rivista della Società*, 2003-II, págs. 965-994.
- RIBELLES ARELLANO, J. M., “Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades”, *Novedades legislativas en materia de sociedades*, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 317-359.
- ROBLES MARTÍN- LABORDA, A., “La limitación estatutaria de la responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 248, abril-junio 2003, págs. 683-718.
- ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, J. A., “La delegación de facultades por el Consejo de administración en la Sociedad Anónima”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1819-1841.

- ROCA JUNYENT, M. y NAVALES, C., *La Sociedad Anónima Europea. Crónica de un largo camino*, Generalidad de Cataluña. Consejo de Trabajo Económico y Social de Cataluña, Barcelona, 2005.
- RODAS PAREDES, P., “La libertad de establecimiento de las personas jurídicas en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 119-139.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La delegación de facultades del consejo de administración de la sociedad anónima”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 1, 1993, págs. 91-114.
- “Junta general”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L., (coordinadores), Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2004, págs. 763-814.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. D., La publicidad legal de la Sociedad Anónima Europea”, *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*, GIRÓN TENA, J., (director), Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1978, págs. 61-100.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., “Últimas modificaciones de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en pérdidas”, *Diario la Ley*, número 7156, 17 de abril de 2009, págs. 1-6.
- *Los consejeros independientes de las sociedades de capital españolas*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008.
 - *Impugnación de Acuerdos de las Juntas de Accionistas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad de los administradores por las deudas de las sociedades de capital*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- ¿Más responsabilidad de los administradores en el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001?”, *Derecho de los Negocios*, 13, número 139, abril 2002, págs. 1-17.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., “¿Igualdad, o no discriminación en las relaciones de trabajo? (En torno al artículo 17)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 100, marzo/agosto 2000, págs. 521-542.
- ROJO FERNÁNDEZ RIO, A., “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1437-1484.

- ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., “La convocatoria de la junta general de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España”, *Derecho de los Negocios*, número 142-143, julio-agosto 2002, págs. 12-28.
- RONCERO SÁNCHEZ, A., “El seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 523-566.
- “Comentarios al artículo 3. Legitimación”, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal)*, PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER GARAU, G. (directores), tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 171-189.
- ROTH, CH., “Sviluppo del diritto delle società: la società europea prefigura la società privata europea?”, *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, DRAETTA, U. y POCAR, F. (directores), Egea, Milán, 2002, págs.85-99.
- RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964.
- SAGASTI AURREKOETXEA, J. J., “La constitución de la «Societas Europaea-SE»”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 19, 2002-2, págs. 115-157.
- SAINT-ESTEBEN, R., La proposition d’un statut des sociétés anonymes européennes présentée par la Commission au Conseil le 30 juin 1970”, *Revue trimestrelle de droit européen*, 1971, págs. 63-77.
- SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del Consejo de administración*, Civitas, Madrid, 1995.
- SAN JUAN MUÑOZ, E., “La sociedad anónima europea”, *Jueces para la Democracia*, número 52, marzo 2005, págs. 96-102.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Disposiciones aplicables a los centros de trabajo y filiales en España de Sociedades Europeas”, *La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 227-264.
- SÁNCHEZ-ARJONA BONILLA, F., “La Sociedad Europea. Aspectos generales”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 47, junio 2007, págs. 11-41.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- “Sobre la Sociedad Europea domiciliada en España”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 101, enero-marzo 2006, págs. 225-229.

- “Supuestos de responsabilidad de los administradores de la SA”, *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 903-934.
- “Administradores (artículos 123 a 143)”, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, SÁNCHEZ CALERO, F. (director), tomo IV, Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994.
- “Líneas generales del régimen del Comité de auditoría de las sociedades cotizadas”, *Comentario a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre de medidas de reforma del sistema financiero*, SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (coordinadores) Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2003, págs. 709-732.

SÁNCHEZ RUIZ, M., “Conflictos de intereses entre una Sociedad Anónima Europea y sus administradores”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada 2007, págs. 445-462.

SÁNCHEZ RUS, H., “Objeto social y poder de representación en la sociedad anónima”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Paracuellos del Jarama (Madrid), 1996, págs. 2421-2456.

- “Constitución de la SE por transformación de SA”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 469-524.

SÁNCHEZ TORRES, E., *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, CES, Madrid, 1999.

SANDERS, P. «Vers une société anonyme européenne ?», *Rivista della Società*, 1959, págs. 1163-1176.

- “Projet d’un Statut des sociétés anonymes européennes”, CEE, Serie Concurrence, número 6, 1967.

SEGALÉS FIDALGO, J., “Nuevamente sobre la buena fe como límite al ejercicio de los derechos fundamentales dentro de la relación obligatoria laboral”, *Revista de Derecho Social*, número 17, enero-marzo 2002, págs. 127-152.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Comentarios al artículo 2”, *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden social*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (coordinador), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

SEMENT VIDAL, M. J., “Los documentos de la Sociedad Cooperativa Europea”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID IRUJO, J. M., (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 517-528.

- “Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles, *Comentarios a la Ley de igualdad: Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, GARCÍA NINET, J. I. (director) y GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (coordinadora), CISS, Valencia, 2007, págs. 539-556.
- SEQUEIRA MARTÍN, A., “Consideraciones sobre la fusión internacional de sociedades con especial referencia a las sociedades anónimas. Estudio del caso en la SE”, *Novedades legislativas en materia de sociedades*, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 439-512.
- SOLÀ MONELLS, X. “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, *Sociedad Mercantil y Relación Laboral*, REY GUANTER (director), La Ley, Madrid, 2007, págs. 111-157.
- SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., “La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Paracuellos del Jarama (Madrid), 1996, págs. 2481-2508.
- SYNVET, H., “Enfin la société européenne?”, *Revue trimestrelle de droit européen*, número 26-2, abril-junio 1990, págs. 253-273.
- TAMAMES GÓMEZ, R., “El camino”, *La Aventura de la Historia*, número 101, págs. 96-102.
- TAPIA HERMIDA, A. J., “El régimen de las ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAS) en la Unión Europea y en España”, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, 2008/20, mayo 2008, *Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid*, www.ucm.es/eprints.
- TEICHMAN, CH., “La Societas Europaea (SE) entre el Derecho nacional y el europeo”, *Noticias de la Unión Europea*, número 252, enero 2006, págs. 111-127.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E., “La participación de los trabajadores en la trasposición de la Directiva sobre la Sociedad Anónima Europea y sus repercusiones sobre la normativa mercantil”, *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, Tomo II, 2006, págs. 1057-1083.
- THIBIERGE, C., “Le statut des sociétés étrangères”, *Le statut d'étranger et le Marche Commun*, Tours, 1959, (publicación elaborada con ocasión del 57 Congreso del Notariado francés).
- TOFFOLETTO, A., “Administración y controles”, *Derecho Italiano de Sociedades (Manual breve)*, LATORRE CHINER, N. y MARTÍ MOYA, V. (traducción), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 277-339.
- TRAYTER JIMÉNEZ, M., “El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la administración y de los jueces en su aplicación”, *Revista de Administración Pública*, número 125, 1991, págs. 227-280.

- TRUYOL Y SERRA, A., *La integración Europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos. I Génesis y desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, Tecnos, Madrid, 1999.
- UNIKEN VENEMA, C. AE., “Coordination du droit des sociétés dans la Cee”, *Rivista della Società*, 1966, págs. 994-1011.
- URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Disolución y liquidación de la sociedad anónima (artículos 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas)”, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, URÍA, R., MENÉNDEZ, A y OLIVENCIA, M. (directores), tomo XI, Civitas, Madrid, 1992.
- UTANDE SAN JUAN, J. M., “La Sociedad Anónima Europea y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”, *Noticias de la Unión Europea*, número 229, febrero 2004, pág. 107-131.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 1071-1110.
- “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 29, 2007-2, págs. 207-231.
 - “El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea a través de la negociación colectiva”, *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, Tomo II, 2003, págs. 3-13.
- VALENZUELA GARACH, J., “La responsabilidad societaria del órgano de administración en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España: pérdidas patrimoniales, disolución y concurso (art. 262.5 LSA)”, *Noticias de la Unión Europea*, número 270, julio 2007, págs. 79-89.
- *La responsabilidad de los administradores en la disolución y el concurso de las sociedades capitalistas*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Los «acuerdos de refinanciación» en el Proyecto de reforma de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 15, 2011, págs. 155-165.
- *Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada: legislación concordada, jurisprudencia y bibliografía*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.
 - “Comentarios al artículo 104”, *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO, F., (director), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, págs. 801-806.

- Comentarios a la Disposición final vigésima primera”, *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO, F., (director), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, págs. 1519-1521.
- VALLÉE, T., *La Société Anonyme Européenne*, Delmas, París, 1991.
- VAN OMMESLAGHE, P., “*La structure de la Société Européenne: dualisme ou monisme*”, *La Société Européenne*, JAUQUES MALHERBE (coordinador), *Université Catholique de Louvain. Centre d'études Jean Renauld*, Bruylant, Bruxelles 2005, págs. 97-121.
- VAN RYN, J., “Le projet de statut des sociétés européennes”, *Revue trimestrelle de droit européen*, 1971, págs. 563-585.
- VASQUEZ, F., “La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 915-993.
- VASSEUR, M., “Algunos argumentos en pro de una sociedad de tipo europeo”, *Revista de Derecho mercantil*, número 92, abril-junio 1964, págs. 229-252 y *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligationi*, volumen LXII, año 1964, págs. 83-99.
- VEIGA COPO, A. B., “La Sociedad Anónima Europea y la fusión transnacional”, *Noticias de la Unión Europea*, número 229, febrero 2004, págs. 141-148.
- VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Características generales de la Sociedad Europea, fuentes de regulación, capital y denominación”, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 57-117.
- “Sociedad anónima europea: una aproximación al sistema de fuentes”, *Estudios de Derecho mercantil europeo*, PÉREZ CARRILLO, E. F. (coordinadora), Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 129-145.
- VELASCO SAN PEDRO, L. A. y SÁNCHEZ FELIPE, J. M., “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 19, 2002, págs. 15-38.
- VERDÚ CAÑETE, M. J., “Discordancia entre el domicilio y la administración central de la Sociedad Anónima Europea”, *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, ROQUE VITOLO, D. y EMBID IRUJO, J. M. (directores), Comares, Granada, 2007, págs. 427-443.

- VICIANO PASTOR, J., “La Sociedad Anónima europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la Sociedad Anónima europea domiciliada en España”, *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, BOQUERA MATARREDONA, J. (directora), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 29-52.
- VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- VIERA GONZÁLEZ, A. J., “La Sociedad Privada Europea: una alternativa a la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 270, octubre-diciembre 2008, págs. 1331-1392.
- VILLAR, M., “La responsabilidad tributaria”, *La responsabilidad de los administradores*, ROJO FERNÁNDEZ RIO, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 467-521.
- ZURITA Y SÁENZ DE NAVARRETE, J. “La integración económica en la CEE y el acceso a la Sociedad Anónima Europea”, *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*, GIRÓN TENA, J., (director), Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1978, págs. 31-60.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

www.curia.eu.int

Conclusiones del abogado general Antonio Saggio en los asuntos acumulados C-400/97, C-401/97 y C-402/97.

<http://eur-europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:P:1959:065:1271:1272:FR:PDF>

JOCE de 19 de diciembre de 1959.

http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_045_009.pdf

GARCÍA DE ENTERRIA, E., “El proyecto de Constitución Europea”, lección inaugural del curso 1994-1995, pronunciada el día 18 de octubre de 1994, en el Instituto Universitario Ortega y Gasset.

http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_fr.pdf

Libro Blanco de la Comisión 14 de junio de 1985.

http://europa.eu/documentation/official-docs/white-papers/pdf/european_company_white_paper.pdf

Memorándum de la Comisión de 15 de julio de 1998, sobre Mercado Interior y cooperación industrial. Estatuto de la SE.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1989:023:0036:0042:FR:PDF>

DOCE C 23 de 30 de enero de 1989.

www.ideo.ceu.es

GARCÍA RIESTRA, M., “La sociedad anónima Europea”. *Serie de documentos de trabajo del Instituto de Estudios Europeos*, número 4, 2002.

MARTINEZ-ECHEVARRIA GARCÍA DE DUEÑAS, A., “La Sociedad Europea: Un régimen fragmentario con intención armonizadora”. *Serie de documentos de trabajo del Instituto de Estudios Europeos*.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1995:0547:FIN:ES:PDF>

Comunicación de la Comisión en materia de información y consulta de los trabajadores COM (95) 0547.

http://translate.google.es/translate?hl=es&sl=en&tl=es&u=http%3A%2F%2Fwww.juridix.net%2F%2Frapport_davignon_en.html

Informe *Davignon*.

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A4-1997-0354+0+DOC+PDF+V0//ES>

Informe de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, sobre el informe final del Grupo de expertos. “Sistemas europeos de participación de los trabajadores” (informe *Davignon*) (C4-0455/97), de 6 de noviembre de 1997, A4-0354/97.

www.ucm.es/eprints

TAPIA HERMIDA, A.J., “El régimen de las ofertas públicas de adquisiciones de acciones (OPAS) en la Unión Europea y en España”, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, 2008/20, mayo 2008, *Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid*.

http://www.ideo.ceu.es/access.php?file=/secure/docs/publicaciones/DocumentosTrabajo/JMB_2_05.pdf

BENEYTO, J. M. y PUENTE, J., “Las ofertas públicas de adquisición de títulos desde la perspectiva comunitaria en el marco de la creación de un espacio financiero integrado”, *Serie de documentos de trabajo del Instituto de Estudios Europeos*, número 2, 2005.

http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/

Informe Winter de 4 de noviembre de 2002, titulado Un marco normativo moderno para el Derecho de Sociedades en Europa.

<http://www.academiacarceller.net/apuntes/xbri/digital/winter.pdf>

AZOFRA, F., “El informe Winter sobre modernización del Derecho societario en Europa”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, número 4, 2003.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0284:FIN:ES:PDF>

Comunicación de la Comisión sobre modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la UE – Un plan para avanzar.

<http://eur-lex.eu>

STJCE de 9 de marzo de 1999 (Centros).

STJCE de 7 de febrero de 1973 (Comisión/Italia).

http://eprints.ucm.es/14792/1/Cristina_Cano_-_TFM.pdf

CANO ORTEGA, C., “La fusión unánime”, trabajo fin de Máster, Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Mercantil, Máster universitario en Derecho Privado, especialidad en Derecho Mercantil, curso 2010-2011.

http://www.unil.ch/webday/site/fae/shared/Dossiers_chauds/Bologne/MD-Juin2008.pdf

GÉRARD DE SÉLYS, “L’*école*, grand marché du XXI^e siècle”.

<http://www.ert.be/home.aspx>

European Round Table Industrialists

<http://www.creda.ccip.fr/zephyr/recherche.asp?recherche=propositions+pour+une+societe+fermee+europ+eenne&option=0&nbcount=10>

Centro de Investigación sobre el Derecho de los Negocios (*Centre de recherche sur le Droit des Affaires - CREDA-*) “*Propositions pour une société fermée européenne*”.

http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/publications

Comunicación de la Comisión de 23 de octubre de 2001, titulada Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base impositiva consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria.

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/study_SE_9122009_en.pdf

Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE)”, (09-12-2009).

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/338&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

Nota de prensa sobre la consulta efectuada por la Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea sobre el funcionamiento del Estatuto de la SE.

http://ec.europa.eu/internal_market/company/se/index_en.htm

Información sobre la conferencia de 26 de mayo de 2010 sobre el Estatuto de la SE.

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/summary_report_en.pdf

Documento de la Comisión europea sobre la consulta efectuada el 23 de marzo de 2010, sobre la aplicación práctica del Estatuto de la SE.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0676:FIN:ES:PDF>

Informe de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:253:0040:0042:ES:PDF>

Decisión de la Comisión de 31 de agosto de 2007, por la que se crea el Grupo de alto nivel de partes implicadas independientes sobre cargas administrativas.

http://www.cnmv.es/Portal_Documentos/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF

Informe Aldama.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0284:ES:HTML>

Comunicación de la Comisión sobre Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la UE. Un plan para avanzar.

http://objetivo15.net/doc/CNMV_CodigoBuenGobiernoDeLasSociedadesCotizadas.pdf

Código unificado de buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas.

http://www.etnor.org/html/pdf/pub_olivencia.pdf

Informe Olivencia.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:052:0051:0063:ES:PDF>

Recomendación de la Comisión de 15 de febrero de 2005, relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de consejos de administración o de supervisión, aplicables a las empresas que cotizan en bolsa (2005/162/CE).

www.mujeryempresa.es

“Cuotas femeninas por Ley en España y después en la UE. Conciliación e igualdad”.

“Objetivo 2015: 30% mujeres en Consejos de administración UE”.

http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/reding/multimedia/news/2012/03/20120308_fr.htm

Pág. web de Viviane Reding en la Comisión Europea.

http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/03/05/actualidad/1330966542_102101.html

ABELLÁN, L., “Bruselas avanza hacia las cuotas de mujeres en los consejos de administración”, diario digital *El País*, lunes 5 de marzo de 2012.

www.expansion.com

PUGLISI, J.A., “El 70% de las empresas no cuenta con ninguna mujer en su órgano de gestión y los expertos ven difícil que se cumpla el plazo establecido por la Ley de igualdad para alcanzar la paridad en 2015. El retraso será de más de una década”, diario *Expansión digital*, miércoles 22 de junio de 2011.

<http://www.ces.es/dictámenes/2005/Dic032005.pdf>

Dictamen del Consejo Económico y Social de 18 de mayo de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley sobre implicación de los trabajadores en las SE y SCE.

http://www.poder_judicial.es

Informe del Consejo General del Poder Judicial de 8 de junio de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley sobre implicación de los trabajadores en las SE y SCE.

http://www.boe.es/g/es/bases_datos/ce.php

Informe del Consejo de Estado de 27 de noviembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley sobre implicación de los trabajadores en las SE y SCE

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

SENTENCIAS TJCE

STJCE de 7 de febrero de 1973 (Comisión/Italia). <http://eur-lex.eu>

STJCE de 27 de septiembre de 1979 (Asunto 230/78 *SpA Eridania-Zuccherifici nazionali* y *SpA Società Italiana per l'industria degli zuccheri/Ministro per l'agricoltura e le floreste, Ministro per l'industria, il commercio e l'artigianato* y *SpA Zuccherifici meridionali* –Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, Selección 1979-III, pág. 1353–).

STJCE de 27 de septiembre de 1988 (*Daily Mail*) – Asunto 81/87. <http://eur-lex.eu>

STJCE de 9 de marzo de 1999 (Centros) – Asunto C 212/97. <http://eur-lex.eu>

SENTENCIAS TS

STS de 14 de mayo de 1984 (RJ 1984/2411 de Aranzadi).

STS de 24 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7903 de Aranzadi).

STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de febrero de 1996 (RJ 3459/1996 de la Ley).

STS de 15 de julio de 1997 (RJ 1997/5609 de Aranzadi).

STS de 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7933 de Aranzadi).

STS de 30 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9192 de Aranzadi).

STS, Sala Primera de lo Civil, de 26 de julio de 1999, (RJ 1009/2000 de La Ley).

STS de 30 de octubre de 2000 (RJ 323324 de Iustel).

STS de 20 de julio de 2001 (RJ 200973 de Iustel).

STS de 5 de diciembre de 2001 (RJ 2002/1790 de Aranzadi).

STS de 3 de diciembre de 2002 (RJ 333424 de Iustel).

STS de 7 de mayo de 2004 (RJ 2004/2155 de Aranzadi).

STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de julio de 2004 (RJ 1752/2004 de la Ley).

STS de 21 de abril de 2005 (RJ 2005/4132 de Aranzadi)

STS de 9 de enero de 2006 (RJ 2006/199 de Aranzadi – Iustel 246794).

STS de 6 de abril de 2006 (RJ 249045 de Iustel).

STS de 10 de noviembre de 2006 (RJ 135265/2006 de la Ley).

STS 1238/2006 de 30 de noviembre (RJ 257834 de Iustel).

STS de 20 de febrero de 2007 (RJ 266939 de Iustel).

STS 472/2008 de 26 de mayo (RJ 279841 de Iustel).

STS 669/2008 de 3 de julio (RJ 282891 de Iustel).

STS 794/2008 de 29 de julio (RJ 282992 de Iustel).

RESOLUCIONES DE LA DGRN

RDGRN de 1 de julio de 1976 (RJ 1976/3482 de Aranzadi).

RDGRN de 18 de junio de 1980, (RJ 1980/2539 de Aranzadi).

RDGRN de 2 de octubre de 1981 (RJ 1981/4081 de Aranzadi; BOE, número 251, de 20 de octubre de 1981).

RDGRN de 4 de octubre de 1982 (RJ 1982/6299 de Aranzadi).

RDGRN de 5 de octubre de 1982 (RJ 1982/6300 de Aranzadi).

RDGRN de 31 de marzo de 1986 (RJ 1986/1564 de Aranzadi).

RDGRN de 21 de abril de 1987 (RJ 1987/3218 de Aranzadi).

RDGRN de 12 de mayo de 1989 (RJ 1989/4003 de Aranzadi; BOE, número 158, de 4 de julio de 1989).

RDGRN de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991/2534 de Aranzadi).

RDGRN de 13 de Noviembre de 1991 (RJ 1991/8632 de Aranzadi).

RDGRN de 14 de Noviembre de 1991 (RJ 1991/8633 de Aranzadi).

RDGRN de 11 de marzo de 1992 (RJ 1992/2884 de Aranzadi; BOE, número 109, de 6 de mayo de 1992).

RDGRN de 19 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9122 de Aranzadi).

RDGRN de 3 de octubre de 1994 (RJ 1994/7653 de Aranzadi; BOE número 266, de 7 de noviembre de 1994).

RDGRN de 25 de abril de 1997 (RJ 1997/3597 de Aranzadi; BOE, número 129, de 30 de mayo de 1997).

RDGRN de 10 de mayo de 1999 (RJ 1999/3256 de Aranzadi; BOE, número 138, de 10 de junio de 1999).

RDGRN 8 de julio de 1999, (RJ 1999/4754 de Aranzadi).